

529



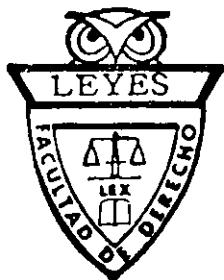
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

"EL CONTRATO MERCANTIL ATIPICO DE JOINT VENTURE O COINVERSION Y SU NATURALEZA JURIDICA EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA REY ALBERTO SANCHEZ ROSAS



ASESOR: LIC. JOSE ANTONIO ALMAZAN ALANIZ

CIUDAD UNIVERSITARIA, D. F.

2000

277049



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

SR. DR.
DON FABIAN MONDRAGON PEDRERO.
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL
DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA U.N.A.M.

Muy distinguido Maestro.

El alumno REY ALBERTO SANCHEZ ROSAS, con número de cuenta de ésta casa de estudios 8518333-3, ha concluido bajo la asesoría del suscrito la investigación de tesis denominada "**EL CONTRATO MERCANTIL ATIPICO DE JOINT VENTURE O COINVERSION Y SU NATURALEZA JURIDICA EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO**", que ha elaborado para ser admitido a sustentar el respectivo examen profesional de la Licenciatura en Derecho.

La referida monografía aborda un tema de trascendente actualidad, pues el Contrato Mercantil de Joint Venture o Coinversión, se ha convertido en una forma útil para formalizar negocios, con los consecuentes beneficios que ello ocasiona en muy diversos aspectos, en virtud del acelerado desarrollo del comercio internacional; por lo que esta forma contractual atípica constituye un medio para atraer capitales extranjeros y, con ello, contribuir al desarrollo sostenido de la economía nacional. Cabe señalar que el alumno REY ALBERTO SANCHEZ ROSAS demostró durante el desarrollo de su investigación, trabajo, dedicación, estudio y esfuerzo, por lo que estimo que el citado trabajo recepcional satisface los requisitos que al respecto exige la Legislación de nuestra máxima casa de estudios.

Aprovecho la oportunidad para expresarle un cordial saludo, quedando a su disposición para cualquier comentario o aclaración al respecto; reiterando a Usted las seguridades de mi más amplia y distinguida consideración.

ATENTAMENTE.
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Ciudad de México, D. F., a 29 de noviembre de 1999.


LIC. JOSÉ ANTONIO ALMAZÁN ALANIZ

FACULTAD DE DERECHO SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION ESCOLAR.
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO.
P R E S E N T E.

EL alumno REY ALBERTO SANCHEZ ROSAS, realizó bajo la supervisión de este Seminario el trabajo titulado: "EL CONTRATO MERCANTIL ATIPICO DE JOINT VENTURE O COINVERSION Y SU NATURALEZA JURIDICA EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO", con la asesoría del LIC. JOSE ANTONIO ALMAZAN ALANIZ; que presentará como tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El mencionado asesor nos comunicó que el trabajo realizado por dicho alumno reúne los requisitos reglamentarios aplicables, para los efectos de su aprobación formal.

En vista de lo anterior, comunico a Usted que el trabajo de referencia puede ser sometido a consideración del H. Jurado que habrá de calificarlo.

Por sesión del día 3 de febrero de 1998 del Consejo de Directores de Seminario se acordó incluir en oficio de aprobación de tesis la siguiente leyenda que se hace del conocimiento del sustentante:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad".

Atentamente
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Ciudad Universitaria, a 9 de diciembre de 1999.

DR. ALBERTO FABIAN MONDRAGON PEDRERO
DIRECTOR

c.c.p. Secretaría General de la Facultad de Derecho.
c.c.p. Alumno
c.c.p. Archivo Seminario

Nosce te ipsum (Conócete a ti mismo).

A mi madre, de todo corazón...

Por que sin tí, "Lichita", con tu paciencia de mentor, así como tu abnegación y desvelos, no hubiera logrado llegar a esta primer meta.

A mi padre, In memoriam...

Por indicarme con tu particular modo de amar, el sendero de la disciplina y el trabajo y, porque sé que en esencia continúas con nosotros.

A mi Segunda Madre...

Mi tia Sofí, "Post nubila Phoebus" (Después de las nubes el Sol), con la confianza de que el Ser Supremo está de su lado en estos momentos de dolor y que vendrán los días venturosos.

Fraternalmente, a mi hermano Miguel Angel...

Allende las fronteras, por todos tus sacrificios para que nuestra Casa siguiera adelante.

A Edith, con amor...

Por consagrarte por entero en mi persona, por conducirme a través del más sublime sentimiento y, por tu paciente insistencia para concluir el presente trabajo.

A "Coco"...

Porque me demostraste que con valentía y tesón, te puedes sobreponer a cualquier borrasca, por fuerte que sea.

A Blanca Alicia, Abiel Noé, Azael Rafael, Miriam Heidi y Olisser...

Porque nunca extraviemos el camino de nuestra unión familiar.

A mis sobrinas Tania, Karina y Diana...

Espero que cultiven sus virtudes, para bien nuestros semejantes.

A la licenciada María del Rocío González de Robert...

Porque siempre confió en mí, me brindó su amistad y apoyo en momentos críticos y me dio la oportunidad de colaborar a su lado en la Correduría N° 43 del D. F.

Al licenciado Ricardo Cuevas Miguel...

Por su desinteresado estímulo
para concluir esta modesta obra.

Al licenciado José Antonio Almazán
Alanís...

Por sus valiosos y sabios
consejos al orientarme en la
elaboración de esta tesis.

Al pueblo mexicano y, muy
Particularmente, al pueblo
Miahuateco...

Tierra de gente que ofreció su sangre por
sus ideales.

A la Universidad Nacional
Autónoma de México...

Por haberme dado la oportunidad de
formarme en sus recintos y sentirme
orgullosa de pertenecer a sus filas.

A mis amigos de la Facultad...

Porque me han demostrado serlo, sobre
todo en mis momentos de dolor.

"Esto es certeza, esto calor, esto lo es TODO"

Canción Familiar de Kino ("La Perla" de John Steinbeck)

**EL CONTRATO MERCANTIL ATÍPICO DE “JOINT VENTURE” O
COINVERSIÓN Y SU NATURALEZA JURÍDICA EN EL DERECHO POSITIVO
MEXICANO**

INDICE

Introducción. V

CAPITULO I. DE LOS CONTRATOS.

1.1	Concepto.....	1
1.2	Los Elementos del Contrato.....	3
1.2.1	El Consentimiento.....	5
1.2.2	El Objeto.....	13
1.2.3	La Capacidad.....	17
1.2.4	La Formalidad.....	24
1.2.5	El Fin o Motivo Determinante y la Causa en los Contratos.....	27
1.2.5.1	Clases de Causas.....	29
1.2.5.2	La Causa en el Derecho Extranjero.....	40
1.2.5.2.1	El Derecho Italiano.....	40
1.2.5.2.2	El Derecho Español.....	41
1.2.5.2.3	El Derecho Portugués.....	41
1.2.5.2.4	El Derecho Argentino.....	42
1.2.5.2.5	El Derecho Austríaco.....	42
1.2.5.2.6	El Derecho Alemán.....	42
1.2.5.2.7	El Derecho Suizo.....	42
1.2.5.2.8	El Derecho Brasileño.....	43
1.2.5.3	La Teoría de la Causa en nuestro Derecho.....	43
1.3	Evolución histórica de los contratos.....	45
1.3.1	Roma.....	45
1.4	Evolución actual de los Contratos Mercantiles.....	48
1.4.1	Epoca antigua.....	49
1.4.2	Epoca Bizantina.....	53

1.4.3	Epoca Moderna.....	57
1.5	Clasificación de los Contratos.....	61
1.5.1	Clasificación Legal.....	62
1.5.2	Clasificaciones Doctrinales.....	63
1.5.3	Otras.....	64

CAPITULO II. DE LOS CONTRATOS ATIPICOS MERCANTILES

2.1	Contratos atípicos puros o en sentido estricto.....	68
2.1.1	Concepto de Contrato Atípico.....	68
2.1.2	Los Límites del Contrato Atípico.....	78
2.2	Naturaleza y Estructura del Contrato Atípico.....	79
2.3	Contratos atípicos mixtos (lato sensu), complejos o impropios.....	81
2.4	Diferencia entre el Contrato Atípico y otras figuras afines.....	82
2.4.1	La Unión de Contratos.....	82
2.4.1.1	Unión meramente externa.....	82
2.4.1.2	Unión recíproca, de codependencia bilateral o unilateral.....	82
2.4.1.3	Unión alternativa.....	82
2.4.2	Clasificación de Ramón López Vilás.....	83
2.4.2.1	Unión objetiva o subjetiva.....	83
2.4.2.2	Unión unilateral o bilateral.....	83
2.4.2.3	Unión genética o funcional.....	84
2.4.3	El Subcontrato.....	84
2.5	Tipicidad Social o Consuetudinaria.....	86
2.6	Interpretación de los Contratos Atípicos.....	88
2.6.1	Teorías sobre la Interpretación del Contrato.....	95
2.6.1.1	Teoría de la Declaración.....	95
2.6.1.2	Teoría de la Voluntad Interna.....	96
2.6.2	Teorías sobre la Interpretación de los Contratos Atípicos.....	102
2.6.2.1	Teoría de la Absorción o de la Observación.....	102
2.6.2.2	Teoría de la Combinación.....	104

2.6.2.3	Teoría de la Aplicación Analógica.....	107
2.7	Integración de los Contratos Atípicos.....	109
2.8	Admisibilidad y Validez de los Contratos Atípicos.....	110

CAPITULO III. EL CONTRATO MERCANTIL DE "JOINT VENTURE" O COINVERSION.

3.1	Antecedentes y origen del Contrato de "Joint Venture".....	112
3.1.1	El "Joint Venture" en el Sistema Jurídico Estadounidense.....	121
3.1.2	Palabras relacionadas con el fenómeno del "Joint Venture".	124
3.2	Diversas traducciones del vocablo "Joint Venture".	125
3.3	Concepto.....	125
3.3.1	El Concepto de Joint Venture "lato sensu".	139
3.3.2	El "Non – Equity Joint Venture" o Contractual.....	143
3.3.3	El "Equity – Joint Venture".....	144
3.3.3.1	Organización y Elaboración del Acuerdo Base.....	145
3.3.3.2	Negociación.	146
3.4	Clasificación y tipos de Joint Ventures.....	147
3.4.1	Desde el punto de vista legal y organizacional.	147
3.4.2	Desde el punto de vista del tipo de contrato o acuerdo de las partes.....	148
3.4.3	Desde el punto de vista del papel que desempeñan los socios.	151
3.5.	Utilidad del Contrato de Joint Venture.....	152
3.6	Figuras afines.....	156
3.6.1	Carta de Intención (Letter of Intent).....	156
3.6.2	Pacto de Caballeros (Gentlemen's Agreement).	158
3.6.3	Carta Compromiso.	159
3.6.4	Opción o Carta Opción.....	161
3.7	Diferencias y similitudes con el contrato de "Asociación en Participación."	164

CAPITULO IV. NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO DE "JOINT VENTURE" O COINVERSION EN EL MARCO DE LA LEGISLACION MEXICANA.

4.1	Características y clasificación del contrato.	174
4.2	Contratos típicos afines al Joint Venture o Coinversión.	178
4.2.1	Compraventas de carácter internacional.	179
4.2.2	La transferencia de tecnología.	181
4.2.3	El contrato de Sociedad.	186
4.3	Elementos del Contrato de Joint Venture o Coinversión.	194
4.4	Partes o Contratantes.	207
4.5	Obligaciones de los Contratantes.	211
4.6	Administración y Control de la Sociedad.	218
4.7	Modalidades.	227
4.8	Incumplimiento.	230
4.9	Modos de terminación.	234
4.10	Cláusulas necesarias para la celebración de un "Joint Venture".	235
	Conclusiones	245
	Bibliografía	249
	Anexos	261

INTRODUCCION

"El sol se ponía sobre el Tirreno. El mar, que se había reflejado durante el día azul del cielo sin nubes era ahora verdoso, casi plateado. Como recordando que el verano había pasado la brisa era fresca. Cayo, que paseaba por las terrazas de su casa en Amalfi, casi no lo advirtió.

La derrota de Pompeyo en Farsalia no había sido una sorpresa, y tampoco una mala noticia porque probablemente significaba el fin de la guerra civil. Pero esa mañana la nueva había llegado a Roma que Pompeyo había sido muerto en Alejandría y que Cesar, que iba en su seguimiento, había declarado la guerra a Ptolomeo XIII y se la haría embarcando a una sola legión. Esto preocupaba a Cayo. Él sabía de un cargamento de trigo que saldría de Egipto en tres semanas y estaba dispuesto a comprarlo para revender el trigo en Italia, pero ahora el negocio debía ser reconsiderado. La campaña de Alejandría no era fácil, ni siquiera para Cesar. Su única cansada legión debía batirse frente y entre los muros de una ciudad hostil, sin posibilidades de refuerzos y contra un enemigo hábil, bien organizado y equipado. ¿Cuánto duraría esa batalla? ¿Se detendría finalmente Cesar después de Alejandría? ¿Y qué ocurriría en Italia mientras tanto? El cargamento era grande –seis buques-, el precio era alto y también la incertidumbre.

El horizonte era ya apenas una línea rosada y la humedad, como neblina, subía de las rocas y penetraba la piel. Cayo volvió a la casa, llamó a su esclavo Zenón y le dijo que se preparara para acompañarlo con el alba a visitar a Ticio, a su casa de Pompeii.

Cayo y Ticio conversaron varias horas y finalmente resolvieron que, aunque el riesgo era grande, querían correrlo. Que Cayo comprara entonces el cargamento; Ticio tomaría cuatro décimos del negocio..."

Las líneas anteriormente reproducidas las hallé en los primeros renglones de la obra "Joint Venture y Sociedad", del autor argentino Sergio Le Pera, cuando comenzó mi interés acerca de este contrato en particular.

No cabe duda que, a través de la evolución humana y su penoso avance en la lucha diaria por subsistir, aquella debe empeñarse en adaptarse para lograr tal fin. Esta afirmación que pareciera sacada de algún tratado de Charles Darwin, puede aplicarse perfectamente a cualesquier sistema jurídico.

Los primeros contactos que tuve con el contrato de joint venture o coinversión fueron a finales del año de 1995, cuando colaboraba en una notaría pública, en donde todos los días se celebran infinidad de contratos, tanto civiles como mercantiles. Mi curiosidad por dicha figura comenzó desde su denominación y el saber que día con día este contrato tomaba auge entre las grandes empresas, lo que corroboré cuando en los diarios se podía leer alguna pequeña información al respecto.

Al ahondar un poco más, me di cuenta que la literatura nacional al respecto era casi nula, por lo que consideré de sumo interés el tratar de investigar qué era y cómo se estaban llevando a cabo este tipo de contratos en nuestro País y bajo que normatividad.

En gran medida tuve que acudir al Derecho comparado, tanto en el Derecho Continental como en el "Common Law". Mi interés se acrecentó cuando poco a poco descubrí que dicha figura ya era utilizada en algunos Estados latinoamericanos desde la década de los sesenta.

La figura atípica germina mucho tiempo antes de que el legislador se dé cuenta de la necesidad de tutelarla; surge como fruto de aventurarse para encontrar medidas prácticas a las nacientes insuficiencias que el sistema jurídico no ha previsto en ese momento.

Es interesante ver que diversos países se le ha dado una gran importancia a este contrato, por ejemplo, China, quien vislumbró que valiéndose de él podría captar recursos provenientes del capital extranjero, por lo que creó la llamada "Ley de los Joint Ventures", en julio del año de 1979. Así también, Argentina, quien en 1983,

reforma la "Ley de Sociedades Comerciales" e introduce figuras novedosas tales como la "Unión Transitoria de Empresas" y la "Agrupación de Colaboración", con las cuales trata de protegerse a determinados contratos que no encajan dentro de los tipos sociales anteriormente previstos.

La estructura del presente trabajo se comprende en cuatro capítulos, de los cuales los primeros dos sirven como un cimiento para el desarrollo de los capítulos tercero y cuarto siguientes.

El primer capítulo se centra básicamente a todo lo que concierne al anchuroso mundo del contrato dentro de nuestro sistema jurídico, por lo que se citan desde los elementos de dicha figura, pasando por su evolución histórica desde Roma hasta la modernidad y, las diversas clasificaciones que se han dado al contrato.

El segundo capítulo trata de la teoría de los contratos atípicos, sus diversas agrupaciones sistemáticas; las diferencias que hay con otras figuras tales como el subcontrato y la unión de contratos, para después pasar a examinar la interpretación, la integración y la admisibilidad y validez de los contratos atípicos en el Derecho Mexicano.

El capítulo tercero ya toca los linderos del contrato de coinversión o joint venture, en donde se inicia con los antecedentes anglosajones de esta figura contractual, sus orígenes, los primeros precedentes judiciales que se refieren a él, para después pasar a enumerar algunas de las traducciones que existen respecto al vocablo "joint venture", para de allí tratar de elaborar un concepto. Enseguida, se toca también la tipología o las distintas formas que hay del contrato.

Consideré importante referirme al punto relativo a la utilidad que acarrea el recurrir, para formalizar negocios, a la figura contractual de coinversión, ya que no sólo debe verse el beneficio particular sino el bien común, por lo que someramente se ven incluso hasta los beneficios fiscales del mismo.

Ahora bien, como expreso en el contenido mismo de la presente tesis, no hay figura jurídica que acarree más confusiones y dilemas que ésta, por lo que se considera importante tratar de fijar las semejanzas y diferencias con otras formas de contratar con las cuales se ha tratado de asimilarlas.

Por último, en el capítulo cuarto, se trata acerca de la naturaleza jurídica del contrato de coinversión en nuestro sistema jurídico, sus características, clasificación como atípico; algunos contratos que tienen relación directa para el mejor desarrollo del mismo, así como el tratar de darle una sistemática lo más completa posible en todos sus elementos, con el fin de que, como se propone, tratar por parte de los Organos del Estado correspondientes, legislar al respecto y coadyuvar a la seguridad jurídica que ello implicaría.

CAPÍTULO I

DE LOS CONTRATOS

1.1 CONCEPTO.

Etimológicamente, la palabra "contrato" proviene de la raíz latina "contractus" y ésta, se deriva a su vez del verbo "contrahere", que significa reunir, lograr, concertar.

Ahora bien, para dar el concepto de una figura tan importante como lo es hoy en día el contrato, es necesario comenzar por exponer someramente acerca de la teoría general del acto jurídico, que es en donde se encuentran encuadrados los contratos.

Afirma el Doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez que "la doctrina francesa contempla y presenta en términos generales dos especies correspondientes al hecho jurídico como género; el hecho jurídico en sentido estricto y el acto jurídico".¹ El hecho jurídico stricto sensu, es todo acontecimiento natural o del hombre generador de consecuencias de derecho; así pues, el hecho jurídico en sentido estricto puede dividirse a su vez en hechos de la naturaleza o materiales, los cuales pueden producir consecuencias jurídicas sin que medie en ningún momento la intervención del hombre, como por ejemplo el nacimiento de un humano, un terremoto, una tormenta.

¹ DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo. "Derecho Civil", Edit. Porrúa S. A., 2ª Edición, México, 1990, Pág. 501.

En segundo lugar, tenemos a los hechos del hombre o voluntarios, que son los acontecimientos que producen consecuencias jurídicas y, en cuya realización interviene la voluntad del hombre, pero sin que éste quiera que se den las consecuencias que producen; dentro de los hechos voluntarios tenemos que pueden darse los hechos voluntarios lícitos como los cuasicontratos, por ejemplo, la gestión de negocios y, por otro lado, los hechos voluntarios ilícitos como los cuasidelitos, que son aquellos que nacen de la imprudencia de una persona, la cual está obligada a resarcir el daño causado, siendo esa obligación extraña a su voluntad.

Por otro lado, existe el acto jurídico. Señala Bonnacasse que "el acto jurídico es una manifestación exterior de voluntad, bilateral o unilateral, cuyo fin directo es engendrar, fundándose en una regla de derecho, en contra o en provecho de una o de varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica general y permanente, o, al contrario, un efecto de derecho limitado que conduce a la formación, a la modificación o a la extinción de una relación de derecho."²

En ese orden de ideas, como una fuente de las obligaciones y enmarcado dentro del acto jurídico tenemos al contrato. El Código Civil para el Distrito Federal hace una distinción expresa entre "convenio" y contrato", siendo el primero de ellos el género y el segundo la especie; así pues, en su artículo 1792 dispone que el Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones, y en su artículo 1793 establece que los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.

² Citado por Manuel Borja Soriano, en "Teoría General de las Obligaciones", Edít. Porrúa S.A., 11ª Edición, México, 1989, Pág. 84.

Sin embargo, afirma Don Ramón Sánchez Medal que tal distinción actualmente ya no tiene reconocimiento, ya que el Código Civil italiano la ha suprimido y del mismo modo nuestro Código Civil al establecer en su artículo 1859 que las disposiciones legales sobre los contratos serán aplicables a los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de ley sobre los mismos, por lo que "hace que en realidad resulte ya bizantina la diferencia entre convenio y contrato"³

1.2 LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO.

Los elementos que conforman al contrato se dividen en dos clases: En primer lugar están los elementos de existencia, que son el consentimiento y el objeto y, en segundo lugar, están los elementos de validez, dentro de los cuales se comprende la capacidad de las partes; la ausencia de vicios del consentimiento; la formalidad en los casos que así lo determine la ley y, por último un fin o motivo determinante lícito.

Nuestro Código Civil de 1928 siguió este criterio, por lo que los elementos de existencia se encuentran previstos en los artículos 1794 por lo que respecta al consentimiento y 2224 por lo que se refiere al objeto. Por su parte, los elementos de validez se encuentran regulados en los artículos 1795, 1813, 1830 y 1831, respectivamente. Además de estos cuatro elementos se cita por diversos autores un quinto elemento, que en determinados casos es requerido por la ley para que surta eficacia, ya sea absoluta o relativa, la celebración de determinados contratos, éste es la legitimación para que puedan celebrarse.

³ SANCHEZ MEDAL, Ramón, "De los Contratos Civiles", Editorial Porrúa S. A., 12ª Edición, México, 1993, Pág. 4.

Otro sistema para clasificar a los elementos del contrato es el español, el cual consiste en agrupar los elementos del contrato en particular en tres vertientes: a) Elementos personales, b) Elementos reales y, c) Elementos formales. Esta forma de clasificación no obsta para que se dejen a un lado los elementos de existencia y los elementos de validez, puesto que dentro del sistema español se pueden analizar las características relativas a éstos últimos.

Un tercer sistema es el denominado de origen escolástico, el cual divide a los elementos del contrato en esenciales, naturales y, accidentales o accesorios. Los elementos nombrados como esenciales, son aquellos requisitos o cláusulas sin los cuales el contrato no podría nacer ni existir, como el precio y la cosa en el contrato de compraventa, por ejemplo.

Los elementos naturales, son aquellos que siempre van agregados al contrato de que se trate por formar parte de su esencia y, aunque no se estipulen, se tendrán por puestos, los cuales también pueden suprimirse por un pacto expreso en contrario, por ejemplo, el saneamiento para el caso de evicción en la compraventa.

Por último, los elementos accidentales, que son aquellos datos circunstanciales que por voluntad de los contratantes se incorporan a los otros dos elementos y, que de acuerdo con cada caso en particular, servirán a sus necesidades, como por ejemplo las modalidades.

Ahora bien, estudiaremos los elementos tal y como los clasifica el Código Civil para el Distrito Federal:

1.2.1 EL CONSENTIMIENTO.

El vocablo consentimiento deviene del término latín "consentire", que significa estar de acuerdo.

Podemos entender a este primer elemento de existencia del contrato, en dos sentidos: 1. - Como voluntad del deudor para obligarse y, 2. - Como concurso o acuerdo de voluntades.

La primer acepción señalada conlleva como requisitos que en el deudor existan:

- a) Una voluntad real, es decir el sujeto obligado tiene que estar consciente, lo que no se da por ejemplo en un infante o en un demente.

- b.) Una voluntad seria y precisa, es decir, no debe haber simulación por parte de alguno de los contratantes o que el consentimiento se manifieste en broma, o que se esté representando una escena para el simple efecto de demostración y, precisa, en cuanto deben estipularse todas las características y particularidades del contrato, lo que no se daría por ejemplo, si se dijera tan sólo que se vende algún objeto por abajo del costo, sin expresar el precio exacto.

- c.) Exteriorización de la voluntad, ya sea en forma expresa o tácita; es expresa cuando se manifiesta verbalmente, por escrito por cualquier otro signo inequívoco y, es tácita porque resulta de hechos o actos que lo hacen presuponer o que autorizan a presumirlo, con salvedad de aquellos casos en que por ley o por convenio la voluntad debe manifestarse expresamente.

En el Derecho mexicano existen ejemplos de la manifestación de la voluntad en forma tácita, como el del mandato, contemplado en el artículo 2547 del Código Civil para el Distrito Federal, en su parte final, que nos dice que la aceptación

tácita del mandato se da por cualquier acto de ejecución, y más aún, en su segundo párrafo contempla que un profesionista que ofrezca sus servicios al público, al cual le es conferido un mandato y éste no lo rehusa en un plazo de tres días, por ese simple hecho se presumirá como aceptado. Otro ejemplo lo tenemos en la figura denominada tácita reconducción en el contrato de arrendamiento, que es cuando al término de dicho contrato el arrendatario continúa sin oposición del arrendador en el uso de la cosa arrendada.

d.) Que la voluntad tenga un determinado contenido, a este requisito se le ha dado dos interpretaciones a saber, la voluntad interna y la voluntad declarada, la primera de ellas pone énfasis en la intención de los contratantes y la segunda, se limita a darle prioridad a lo manifestado en el contrato. "En Roma existió también el problema de la diferencia entre la voluntad y su declaración. En la fase preclásica el consentimiento jugó un papel modesto, dándosele preferencia a la formalidad. Con la evolución jurídica romana, el consentimiento se convirtió en el alma del negocio jurídico".⁴ Ahora bien, en nuestro derecho pareciere que se adopta el sistema de la voluntad interna, en virtud de la importancia que le da a los vicios del consentimiento en los artículos 1812 al 1823 del Código Civil para el Distrito Federal, así como también a la importancia que concede a la intención de los contratantes, cuando se trata de desentrañar el sentido de algún contrato, en el artículo 1851 y en el último párrafo del artículo 1857.

No obstante, a pesar de esto es más acertado afirmar que nuestro Derecho se inclina por un sistema mixto, toda vez que la voluntad interna sería nada si no se exterioriza, y por tanto carecería de toda relevancia jurídica.

⁴ "Diccionario Jurídico Mexicano", Tomo II, "Instituto de Investigaciones Jurídicas", UNAM, México, 1ª Edición, 1982, Pág. 255, voz: Consentimiento.

Los tratadistas distinguen dos clases de declaraciones de voluntad al celebrarse un negocio jurídico, la declaración recepticia, que son aquellas que para producir los correspondiente efectos, debe de estar dirigida a una determinada persona, el ejemplo clásico sería la oferta contractual y, por otra parte, la declaración no recepticia, la cual para producir sus efectos no necesita de un receptor en particular, como ejemplo de este tipo de declaración tenemos la promesa al público y el testamento.

Ahora bien, el segundo sentido de la palabra consentimiento, es decir, como concurso de voluntades, no puede darse cuando no hay concurrencia en las dos o más voluntades participantes, lo que ocurre cuando acontece la figura denominada error, que es el estado psicológico en discordancia con la realidad objetiva, o la opinión subjetiva contraria a la realidad, o también definida como la discrepancia entre la voluntad interna y la voluntad declarada; al error se le ha clasificado en tres diversas especies:

- a.) De aritmética o de cálculo, el cual en caso de que surja en un contrato, solo da lugar a realizar la rectificación.
- b.) De hecho, el cual recae sobre hechos materiales del contrato.
- c.) De derecho, el cual recae sobre una norma jurídica aplicada al contrato.

El error puede manifestarse en tres grados de gravedad, de acuerdo a los cuales sus consecuencias varían, el primer grado es el error-obstáculo o impediante, que acarrea como consecuencia que no se forme el contrato; podemos derivar a este grado de error en dos clases:

1. - Error in corpore, que consiste básicamente en que el objeto-cosa del contrato está conceptualizado en forma distinta por cada uno de los contratantes (el

arrendador creyó que arrendaba el departamento cinco y el arrendatario creyó que se trataba del departamento seis).

2. - Error in negotio, es el error sobre la naturaleza del contrato que se está celebrando, (se recibe un automóvil pensando que se deja en prenda, pero el que lo entrega piensa que lo deja en depósito).

Debe insistirse que este tipo de error acarrea como consecuencia directa la inexistencia del contrato.

El segundo grado de error es el error-nulidad, el cual acarrea como efecto en el contrato el que sea anulable, o dicho de otra forma, influye en la validez de un contrato que es totalmente existente, pero que adolece de un defecto que no permite que el acto sea perfecto, puesto que recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan; otros autores denominan a este error como error-vicio y lo definen como "la creencia inexacta, respecto de algún dato que se valora como motivo principal del negocio, conforme a la conducta negocial de las partes, en las concretas circunstancias del negocio"⁵

El tercer grado, es el error indiferente que "es el que recae sobre cualidades secundarias del objeto, sobre motivos no determinantes de la voluntad"⁶, o dicho en otras palabras, se contrata en condiciones menos favorables de lo que se pensó, pero aún si se hubieren conocido las circunstancias desfavorables, se hubiere contratado.

Además de estos tipos de errores, el maestro Sánchez Medal menciona además que, existe el llamado error de intermediario, el cual no constituye una categoría distinta a las otras, pero que en otros países como Suiza, en el artículo 27 del

⁵ CASTRO Y BRAVO, Federico de. Citado por Ramón Sánchez Medal, Op. Cit., Pág. 47.

⁶ BORJA SORIANO, Manuel. "Teoría General de las Obligaciones", Edit. Porrúa S. A., 11ª Edición, México, 1989, Pág. 219.

Código suizo de las Obligaciones se contempla dicha figura, la cual se da cuando la voluntad de alguna de las partes se ha transmitido en forma errónea por un mensajero o cualquier otro intermediario. Así también lo contempla el artículo 120 del Código Civil Alemán cuando expresa que el consentimiento hecho de manera inexacta a través de la persona o establecimiento que debía transmitirla, puede ser atacada de la misma manera a la que fue hecha por error.

Para que se pueda decir que se ha incurrido en error como vicio del consentimiento, no deben necesariamente incurrir en él los dos contratantes, ya que basta que influya en cualquiera de las partes, por lo que resulta irrelevante que el error sea unilateral o bilateral.

De la misma manera, tampoco es necesario que el error sea irreconocible o imprevisible para que surja como vicio del consentimiento que da origen a la nulidad del contrato, puesto que en nuestra legislación se ha estipulado solamente que el error se dé sobre el motivo determinante de la voluntad, por lo que no importa que el error sea o no previsible y, por otro lado, que el referido motivo haya sido declarado expresamente o se pruebe que por las particularidades del propio contrato, éste se celebró en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa, o sea, que a través de la citada declaración expresa o de la pruebas indicadas pueda demostrarse su existencia.

El Error Buena fe.

A la buena fe se le ha definido como el principio de carácter ético fundamentalmente, conforme al cual los hombres en sus relaciones sociales y, por tanto, las partes en todos los contratos, deben proceder con sinceridad, lealtad y honradez y con el ánimo de no lesionar ni engañar a nadie. Al respecto, el artículo 1796 del Código Civil adopta esta primera acepción de la buena fe y los autores la han llamado "la buena fe - vinculante" o "buena fe - norma", toda vez que es un principio rector moral del comportamiento de los contratantes, obligándolos a

conducirse no solo de acuerdo a lo estipulado en el contrato, sino además, también deben atenerse a la naturaleza propia de las obligaciones y derechos mutuos y del propio contrato.

Un segundo alcance que se le da a la palabra buena fe, es en cuanto a "buena fe - convalidante" o "error - buena fe"; y se daría cuando uno de los contratantes se encuentra en un determinado estado de error al realizar determinada conducta jurídica. Al contrario de lo que sucede con el error-nulidad, este tipo de error no hace al contrato anulable ni crea vicios, sino por el contrario tiene como resultado el que crea derechos y tutela al propio contrato, o como se dijo anteriormente, convalida o sana al acto.

Pues bien, este tipo de error se da cuando una persona que celebra un contrato está en la creencia de que al hacerlo cumple íntegramente con la norma jurídica, pero que cae en un error de hecho, pero se necesita, además, que sea excusable, puesto que sí no fuera así podría caerse en una culpa grave e incluso en dolo.

Otro vicio del consentimiento es el dolo el cual está íntimamente relacionado con el error, puesto que si analizamos la definición del artículo 1815 del Código civil para el Distrito Federal, veremos que es "cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes...".

Antes que nada es necesario aclarar que, el error de que se habló en el apartado anterior era el error espontáneo o fortuito, que es el que se da de una manera casual, causado por la propia víctima, pero a contrario de éste, el error puede darse por actos o actitudes del otro contratante o hasta de un tercero, que es cuando surge el dolo.

Una premisa para que proceda la nulidad por dolo, es que éste sea determinante, es decir, debe probarse que de haberse sabido dicha circunstancia no se hubiera contratado. Dicha premisa esta contemplada en el artículo 1816 del Código Civil.

Suele distinguirse entre el dolo principal y el dolo incidental o accidental, el primero es aquel que ha tenido por finalidad convencer a una de las partes para que contrate y que sin el cual no lo habría hecho, recayendo sobre la causa o motivo determinante de la voluntad de los contratantes, con lo cual se genera un error-nulidad y, el segundo de ellos es aquel que, aun cuando no recae sobre el motivo determinante de la voluntad, lo hace sobre otros elementos o detalles que hacen a alguna de las partes a contratar en condiciones menos convenientes o más gravosas, en forma parecida al error - indiferente.

Cuando se dé el caso de que ambos contratantes obren dolosamente, ninguno de ellos puede reclamar la correspondiente indemnización a la otra, lo que se contempla en el artículo 1817 del Código Civil del Distrito Federal; y cuando el dolo provenga de un tercero y alguna de las partes tiene conocimiento también anula el contrato, pero cuando ha sido la causa determinante.

Existe prohibición expresa para renunciar a la nulidad que provenga del dolo.

En cuanto a la mala fe se le define como la disimulación del error por parte de una de las partes, una vez que lo ha conocido. Puede decirse que el dolo y la mala fe causan los mismos efectos jurídicos, pero se distinguen porque el primero de ellos es una acción activa, por tratarse de maquinaciones o artificios para inducir al error y, la mala fe tiene un carácter pasivo, en virtud de que se omite declarar algo de lo cual se ha enterado y así mantener en el error a la otra parte.

Toca el turno a otro de los vicios del consentimiento, llamada violencia o en el Código de 1884 intimidación, que se presenta cuando se emplea fuerza física (*vis ablativa* o *vis absoluta*) en la que al contratante se le priva de la libertad o se le lleva la mano para que escriba, se le embriaga o se le administra algún estupefaciente para los mismos efectos, o bien se emplea violencia moral como las amenazas que importen peligro de perder la vida, la libertad, la honra, la salud, o un parte considerable de sus bienes, en su persona o la de sus familiares

allegados, para que en el caso de no acceder a lo pedido (celebrar el contrato) se hará efectiva la amenaza (vis compulsiva).

Cuenta la violencia con un requisito objetivo, para que pueda considerársele como vicio del consentimiento, que es que las amenazas sean contrarias a derecho, así pues, las consideraciones previas sobre los provechos y perjuicios que pudieren resultar de celebrar o no un contrato no generan este vicio de la voluntad. También debe darse una relación directa entre el derecho del que amenaza ejercer la violencia y el contrato que obtiene bajo esa amenaza.

Otro requisito objetivo de la violencia es que la amenaza importe el peligro de perder las cosas más importantes para un hombre, como la vida, la honra, la libertad, la salud o sus bienes, así como de las personas muy allegadas al mismo. Dentro de los elementos subjetivos, tenemos que es necesario que la amenaza sea inminente y seria, de tal forma que pueda conmover a una persona razonable, o sea que no se trate de una simple alardeada.

La violencia puede provenir ya sea de la otra parte o de un tercero interesado o no, aun sin que lo sepa la parte beneficiada, según se desprende del artículo 1818 del Código Civil del Distrito Federal.

Unánimemente se ha considerado que el temor reverencial, que es el temor de desagradar a quien se debe respeto y sumisión, no constituye propiamente la violencia y, por tanto, no es causa de nulidad del contrato.

La violencia origina la nulidad relativa del contrato, que puede promoverse dentro de un plazo de seis meses, contados a partir de que cese dicho vicio, se invoca por quien la ha sufrido, así también dicho contrato puede ser confirmado cuando cese el vicio.

1.2.2 EL OBJETO

El segundo de los elementos de existencia de los contratos tiene diversos significados, o dicho de otra manera, existe un objeto directo o inmediato en el contrato y un objeto indirecto o mediato.

El objeto directo o inmediato del contrato es la creación o la transmisión de derechos y obligaciones.

El objeto indirecto o mediato se asimila al objeto de la obligación que la hace nacer y consiste en una prestación negativa o positiva, es decir, el dar, el hacer o el no hacer.

Por último, "aún la cosa misma se considera como objeto de la obligación y del contrato".⁷

El catedrático Ernesto Gutiérrez y González⁸ opina que no debe confundirse el objeto del contrato con el objeto de la obligación y, propone tres significados para el objeto del contrato:

a.) Objeto directo, que consiste en crear y transmitir derechos y obligaciones y se encuentra contemplado en el artículo 1793 del Código Civil.

b.) Objeto indirecto del contrato, que coincide con el objeto directo de la obligación y consiste en una conducta de dar, hacer o no hacer.

⁷ Idem, Pág. 139.

⁸ Cfr. "Derecho de las Obligaciones", Edit. Porrúa, 11ª Edición, México, 1996, Pág. 277.

c.) Por último, considera también objeto del contrato a la cosa material que el contratante debe entregar. Y agrega que no en todos los contratos se presentan las tres formas de objeto, sino solo en los contratos que crean obligaciones de dar.

El maestro Ramón Sánchez Medal realiza una anotación importante para ciertos contratos, cuando dice que las obligaciones de un contrato pueden ser obligaciones de medio o de actividad, como el contrato de prestación de servicios profesionales y, obligaciones de resultado, como en el contrato de transporte.

Continúa diciendo que la importancia de tal distinción es tal porque operará en forma distinta la forma de demandar la responsabilidad, ya que en las primeras es necesario que el acreedor aduzca y compruebe que el prestador del servicio ha incurrido en negligencia, dolo o impericia; por otro lado en las obligaciones de resultado, habrá responsabilidad del porteador, siempre y cuando no demuestre que ha mediado caso fortuito o fuerza mayor.

Del mismo modo, el citado autor hace alusión también al objeto-cosa del contrato y al objeto - hecho del contrato.

En primer lugar, la cosa debe existir en la naturaleza, debe ser determinada o determinable en cuanto a su especie y debe de estar en el comercio.

La cosa debe existir físicamente, porque si ya desapareció, pereció o quedó fuera del comercio, es lógico pensar que ya no habría objeto para contratar. También debe existir jurídicamente, es decir no debe haber una norma jurídica que constituya un impedimento para la realización del contrato, por ejemplo que uno de los cónyuges quisiera renunciar a la patria potestad del menor hijo, tal acto iría contra una derecho irrenunciable y por lo mismo no habría objeto.

Nuestro derecho permite que se realicen contratos sobre cosas que en ese momento no existan, es decir, sobre cosas futuras, v.g. la cosecha de maíz, según se desprende del artículo 1826 del Código Civil para el Distrito Federal, con excepción hecha de la herencia de una persona viva, aún cuando medie el consentimiento de ésta.

Otro requisito con el que debe cumplir la cosa, es que debe ser determinada o determinable en cuanto a su especie, o sea, que la cosa debe quedar perfectamente identificada, con el fin de evitar futuros pleitos, así como abusos por parte de cualquiera de los contratantes.

Existen tres grados de determinación relacionados con la cosa:

1. - En cuanto al género, no es aconsejable, toda vez que no ocurre en ningún momento alguna identificación detallada, por tanto no se da la señalización de características que por lo menos hagan distinguir a la cosa de otras del mismo género, por lo cual resulta inaceptable para la vida jurídica, v.g. el deudor se libera de su obligación cuando se dice que debe entregar un animal, y lo hace entregando un animal diminuto o incluso nocivo.
2. - En cuanto a la especie, ésta atiende al género, a la cantidad y a la calidad de la cosa, pero basta con que se precise el género y la cantidad, aunque no se diga la calidad, puesto que ésta es suplida por el derecho (artículo 2016 del Código Civil para el Distrito Federal), que toma como base la calidad media de la cosa dentro de su categoría.
3. - Individual, considerada como la forma ideal de determinar en el mundo jurídico, puesto que no se toman en cuenta otras cosas semejantes y ni siquiera de la misma especie, detallándose hasta el mínimo atributo de la cosa, lo cual la hace inconfundible, v. g. un auto clásico del cual se describe el color, modelo,

número de motor y de carrocería, placas de circulación, kilómetros recorridos, etcétera.

Se dice que una cosa es determinable cuando al momento de la celebración de un contrato, aun no se identifica con precisión, sino que en el futuro se pueda llegar a hacer, es decir, es una determinación sobrevenida, por ejemplo no necesito precisar el número de litros que una empresa de gas me venderá y que requiero para hacer funcionar la caldera de mi empresa durante todo un año, así que válidamente puedo celebrar el contrato, con tal de que queden precisados los demás elementos.

Otro requisito de la cosa es que debe estar en el comercio, según lo dispone el artículo 1825 del Código Civil, en su tercer numeral. Las cosas están fuera del comercio ya sea por su naturaleza o por la disposición de la Ley, según disponen los artículos 748 y 749 del Código Civil. Las cosas que están fuera por su naturaleza son las que no pueden ser poseídas por un individuo en exclusiva, por ejemplo, el aire, la luz solar y, por disposición de la Ley, las que dicha Ley declara exentos de ser propiedad particular, por ejemplo los bienes del dominio público, como las avenidas, los monumentos, el palacio nacional.

Retomando la idea del objeto - hecho del contrato, sustentada por el maestro Sánchez Medal, éste afirma que puede ser positivo o negativo, dicho de otra forma, se puede hacer o no hacer una cosa, dichos hechos deben ser posibles natural y jurídicamente, además de lícitos.

Se da la imposibilidad física de dos maneras, como imposibilidad objetiva o absoluta y como imposibilidad subjetiva o "ineptitud" del deudor, dado que en este último supuesto la prestación del hecho puede realizarse a través de un tercero y no se da un hecho imposible, puesto que se puede realizar. Se da asimismo, la diferencia entre el hecho jurídicamente imposible y el hecho ilícito, como ejemplo del primero podemos citar el que se trate de adquirir una cosa propia y, el hecho

ilícito es el que va en contra de las leyes de orden público o las buenas costumbres, por ejemplo, la explotación de casas de tolerancia.

1.2.3 LA CAPACIDAD.

El vocablo capacidad proviene de la raíz latina "capacitas", que significa aptitud o suficiencia para alguna cosa. "Jurídicamente se entiende como la aptitud legal de una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, o como la facultad o posibilidad de que esta persona pueda ejercitar sus derechos y cumplir con sus obligaciones por sí misma."⁹

Como primer requisito de validez de los contratos, existen dos grados de la capacidad:

a.) Capacidad de goce. Es aquella por virtud de la cual una persona adquiere la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, se adquiere con el nacimiento y se pierde con la muerte, a lo que agrega el artículo 22 del Código Civil que desde que un individuo es concebido está protegido por la ley y se le tiene por nacido para los efectos de dicho código, numeral que es complementado por el artículo 337 que se refiere al naciturus.

b.) Capacidad de ejercicio. Es aquella aptitud de las personas para ejercitar por sí mismas sus derechos y cumplir con sus obligaciones. Es decir, el sujeto puede ejercitar por sí mismo sus derechos, celebrar en nombre propio actos y negocios jurídicos, e incluso ocurrir ante los tribunales correspondientes, pero siempre en forma personal.

⁹ Supra nota 4, Pág. 38, voz: Capacidad.

Dentro de este grado de capacidad se encuentra la capacidad para celebrar contratos.

La incapacidad de ejercicio es la señalada únicamente por la ley, así lo dispone el artículo 1798 del Código Civil para el Distrito Federal, en concordancia con el artículo 450 del mismo ordenamiento, el cual enuncia que los menores de edad, los mayores de edad disminuidos o perturbados en sus facultades mentales tales como los dementes, los sordomudos analfabetos, los ebrios consuetudinarios y los drogadictos, aún cuando tengan intervalos de lucidez, tienen incapacidad natural y legal, en cuyo caso podrán actuar a través de su representante legal.

Hay menores de edad que cuentan con capacidad de ejercicio para contratar, tal es el caso de los emancipados, pero se trata de una capacidad sujeta a autorización judicial para enajenar, gravar o hipotecar inmuebles, así como de un tutor para realizar negocios judiciales.

Otra excepción al artículo 450 del Código en comento es que el menor es capaz para contratar cuando lo hace sobre bienes que ha adquirido con el producto de su propio trabajo, según señalan los artículos 428 fracción I, 429 y 537 fracción IV, pero siempre con la misma limitante señalada anteriormente.

La incapacidad de ejercicio de uno o ambos contratantes acarrea como consecuencia la nulidad relativa de dicho contrato, según dispone el artículo 2228 del multicitado ordenamiento, con todas sus particularidades, como son que solo la puede alegar el incapaz, pero puede convalidarse por confirmación o prescripción.

Para concluir sobre este tema, cabe realizar la diferencia entre tres figuras que cuentan con características similares:

1. - Capacidad para contratar, la cual es un subtipo de la capacidad de ejercicio, pero asignada al contrato. Todas las personas tienen esta capacidad, con excepción de las señaladas en el artículo 450 del Código Civil.

2. - Formalidad habilitante, que estriba en una autorización de tipo judicial o administrativa otorgada a una persona que es capaz, por ejemplo, el extranjero que va a adquirir un inmueble en nuestro país, con excepción de la franja prohibida. El que no se cumpla con dicha formalidad acarrea como consecuencia la nulidad relativa.

3. - Legitimación para contratar, consiste en la aptitud que la ley reconoce en una determinada persona para que pueda ser parte en cierto contrato. La falta de legitimación produce la nulidad absoluta del contrato, de conformidad con el artículo 8º del Código Civil, así podemos ejemplificar la falta de legitimación cuando el tutor no puede comprar el inmueble propiedad de su pupilo.

Ahondando un poco más sobre esta última figura, podemos decir que la legitimación se da cuando, en un contrato se presentan todos los elementos de existencia y de validez, empero dicho contrato no puede producir sus efectos, es decir al faltarle a éste un presupuesto de eficacia, se da una inoperancia consistente en que se celebra con todos sus requisitos, pero la ausencia de determinado presupuesto le impide que se produzcan los efectos propios del contrato en cuestión.

El presupuesto de eficacia puede ser de diversa índole, bien puede ser un presupuesto voluntario o bien un presupuesto legal, como la legitimación. Un ejemplo de un presupuesto voluntario de eficacia sería la condición: Juan compra a José un predio de la propiedad de éste, pero con la condición de que en un

plazo de un año se construya en el mismo un hospital. Como se ve, el contrato de compraventa es válido e inimpugnable, pero los efectos jurídicos no se producen si en plazo de un año no se realiza la condición.

Ahora bien, un ejemplo de presupuesto legal de eficacia sería propiamente la legitimación contractual: José es apoderado de Juan para vender un inmueble, pero sin que cuente con facultades de sustitución del poder y aquél otorga a su vez un poder para que Francisco venda a nombre del citado Juan el inmueble de referencia. Pues bien, el mandato en si es perfectamente válido e inimpugnable, pero adolece de la falta de legitimación en el apoderado para sustituir dicho mandato, por lo que acarrea como consecuencia que tal contrato no produzca los efectos propios de éste.

No debe confundirse a la legitimación con la capacidad, puesto que ésta última es un presupuesto subjetivo de validez, en cambio, la legitimación es un presupuesto subjetivo - objetivo de eficacia. Continuando con ese orden de ideas, podemos decir que la legitimación en los contratos se basa en todos los casos en una relación de uno de los contratantes con el objeto del contrato, pero sin que se dé necesariamente una concordancia entre la persona que celebra el contrato y la persona sobre cuyo patrimonio van a recaer las consecuencias de ese contrato, ya que la legitimación contractual también puede darse cuando se celebran los contratos sobre el patrimonio ajeno, que cuando se presenta el caso cuando alguno de los contratantes incurre en falta de legitimación, el contrato será ineficaz entre las partes y con relación al tercero que es reconocido como dueño del patrimonio afectado; pero, cabe especificar que sólo los contratos de eficacia real, que son aquellos que imponen una obligación real sobre el patrimonio ajeno, tales como la donación y la hipoteca, cuando carecen de legitimación se produce en ellos una ineficacia absoluta, ya que la creación de derechos reales entre las partes y relacionado con el tercero titular del patrimonio ajeno no nacen en ningún momento; cosa distinta sucede con los contratos de eficacia obligatoria, que son los que generan derechos de crédito, como en el caso de una compraventa

obligatoria sobre el patrimonio ajeno, en la cual los actos realizados son ineficaces en relación con el titular del patrimonio ajeno, pero entre las partes se manifiesta una completa eficacia.

Anteriormente, se habló de que la legitimación se establece entre uno de los contratantes y el objeto determinado que se trate, pero se han señalado algunos otros criterios adicionales para establecer cuando se presenta la legitimación:

1. - Legitimación de la persona, se da cuando, por ejemplo, una persona quiere celebrar un contrato de prestación de servicios y necesita tener forzosamente el título que acredite su profesión.
2. - Legitimación sobre la base del objeto-cosa, por ejemplo, en el contrato de arrendamiento, el arrendador debe tener el carácter de dueño, o que éste haya otorgado las facultades necesarias o la propia ley las otorgue.
3. - Legitimación en base de la persona y de la cosa, que sucede en el caso del que el abogado patrono no puede comprar los bienes que son objeto de los juicios en que intervengan.

Cabe insistir que, la legitimación es una figura distinta a la capacidad a que se refiere el artículo 1798 del Código Civil para el Distrito Federal, toda vez que cuando algún contratante incurre en la falta de legitimación no podrá celebrar el contrato ni por sí ni por medio de algún representante, en cambio cuando la persona no cuenta con la capacidad para suscribir el respectivo contrato, podrá hacerlo por medio de su representante. Al respecto Mazeaud ha asimilado a la legitimación para contratar como una especie de capacidad de goce.

Otra diferencia entre la legitimación contractual y la capacidad consiste en que, la falta de esta última produce la nulidad relativa, por lo cual el contrato celebrado es susceptible de convalidarse ya sea por confirmación y por ratificación, y por otro

lado la falta de legitimación para celebrar un contrato acarrea como consecuencia la nulidad absoluta del mismo, del cual el ejemplo clásico es cuando un extranjero desea adquirir un inmueble dentro de la zona prohibida del país. Por lo tanto, podemos concluir que, la legitimación no constituye un elemento más de validez de los contratos, sino que su naturaleza es la de ser un requisito para que el contrato tenga eficacia.

De todo lo anteriormente dicho, puede decirse que "la legitimación... consiste en el reconocimiento que a una determinada persona capaz de contratar otorga la norma jurídica para celebrar con eficacia un cierto contrato y que ordinariamente deriva de una relación entre esa persona y el objeto de dicho contrato" o bien que "es un presupuesto legal de eficacia en los contratos, por virtud de la cual el titular del interés o de la relación jurídica materia del contrato en cuestión puede ser el emisor de la voluntad, esto es, el autor de la policitud o de la aceptación en el respectivo acuerdo de voluntades".¹⁰

Dentro de la legitimación debemos de distinguir dos elementos primordiales, el elemento formal, que es el emisor de la voluntad, debe coincidir perfectamente con el titular del interés o de la relación jurídica del contrato de que se trate, lo que constituye el elemento sustancial, y en caso de que no suceda lo anterior el contrato resulta ineficaz, aunque se den todos los elementos de existencia y validez. Lo anteriormente expuesto constituye un principio general que rige en todos los contratos, pero en algunas ocasiones la Ley, en forma concreta, establece excepciones a dicho principio, ya sea cuando impide que se dé la legitimación o bien cuando confiere a determinado acto para que se dé la legitimación.

¹⁰ SANCHEZ MEDAL, Ramón, Op. Cit., Págs. 58-59.

La Ley priva de legitimación a ciertos individuos cuando desean celebrar un contrato, ya que los excluye vedándoles la posibilidad de poder ser "parte" en los dos sentidos anteriormente dichos, por ejemplo, el artículo 2276 del Código Civil para el Distrito Federal prohíbe a un juez adquirir una cosa que sea materia de un litigio que se ventile ante dicho funcionario.

El caso contrario sucede cuando la ley faculta expresamente de legitimación, en ciertos casos excepcionales a determinadas personas, permitiéndoles ser parte en sentido formal en un contrato, aunque les falte el elemento sustancial, ya que no es reconocido para el interés o la relación jurídica materia del contrato y, no obstante dicho contrato es eficaz, como ocurre en los casos de representación, ya sea voluntaria o legal.

Existen tres diversas clases de legitimación:

I.- Legitimación directa, conocida también como ordinaria, en donde se infiere la identidad o la concurrencia de las personas a través del reconocimiento legal, establecido a favor del titular de determinado ámbito jurídico para que pueda celebrar en nombre y por cuenta propia un contrato que influya, en forma real u obligaciones a dicho ámbito jurídico, por ejemplo aquel que es dueño de un inmueble y decide venderlo está lógicamente legitimado para hacerlo, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 2269 del Código Civil para el Distrito Federal.

II.- Legitimación indirecta, que es aquella en donde se da un reconocimiento legal a la hipótesis de celebrar en nombre propio o ajeno, un contrato que influya, en forma real u obligacional en un ámbito jurídico distinto al propio, y del cual no se es titular, pero respetando dicha titularidad; esta clase de legitimación puede tener diversas manifestaciones, como la representación voluntaria o legal, y como ejemplo de ésta última el caso del tutor que vende un objeto del individuo que está bajo su cuidado, de conformidad con el artículo 561 del Código antes citado; otra manifestación es en los casos en que la ley contempla algún tipo de autorización,

como en el caso del artículo 2401 del mencionado Código Civil, en que una persona tiene facultad para arrendar una cosa sin ser dueño de ésta, pero con la debida autorización de quien si es dueño y, por último, puede darse como manifestación también el caso de la sustitución, en donde a diferencia de los representantes que obran en nombre de otro, los sustitutos lo hacen en lugar de otro, por ejemplo el caso del artículo 212 de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, en donde el síndico debe obtener la autorización del juez para vender los bienes del fallido.

III.- Legitimación extraordinaria, que es la aceptación legal para que se pueda celebrar un contrato con eficacia real u obligacional sobre un ámbito jurídico extraño, ya sea actuando en nombre propio, toda vez que se presenta una apariencia de titularidad, como el caso del heredero aparente contemplado en el artículo 1343 del Código Civil para el Distrito Federal; o bien sea actuando en nombre ajeno, porque existe una representación aparente, como el caso del mandatario que suscribe un contrato de arrendamiento a nombre de su mandante, sin saber que éste revocó el citado mandato, pero en ningún momento le notificó tal situación, en los términos del artículo 2597 y 2598 del ya citado Código Civil.

1.2.4 LA FORMALIDAD.

Antes de realizar la definición de este elemento de los contratos, me permito hacer la aclaración de que la mayoría de los autores ha confundido el vocablo forma con el de formalismo o formalidad.

Dentro de los estudiosos del tema que aseguran lo anterior, se encuentran los señores notarios Jorge Alfredo Domínguez Martínez y Bernardo Pérez Fernández del Castillo. El primero de los citados señala que la expresión "forma" no es del todo afortunada, toda vez que por forma del negocio jurídico se debe concebir precisamente a la manera conforme al cual dicho negocio surge en el universo,

por tanto todos y cada uno de los negocios jurídicos cuentan con una determinada forma, incluso los que no requieren constar por escrito, o sea los contratos consensuales, pues éstos tienen su propia forma, que es justamente la forma consensual y agrega que, los negocios solemnes cuentan también con su forma que es la solemne.

Del mismo modo, el maestro Bernardo Pérez Fernández del Castillo hace tal diferenciación y explica que la expresión "forma" conduce al desconcierto, dado que tiene diversos sentidos dentro de las doctrinas generales; así, se entiende a veces como el continente del acto jurídico como un factor ajeno a él y otras se le considera como un elemento característico del acto, ya sea de existencia o de validez, y por último, también se le considera como un medio de prueba.

Continúa diciendo este autor que para precisar el contenido y alcance del vocablo en cuestión, es necesario realizar una indagación de tipo filosófico por lo que cita a Aristóteles que dice que el ser, en tanto que ser material, se compone de dos elementos que son la materia que es de lo que está hecha una cosa, la sustancia y por otro lado la forma, que proviene del campo de la geometría y significa el contorno, perfil o figura de dicho ser, pero que lo determinante para que la materia se organice y sea como es ésta última, es el fundamento de la unidad y del sentido de la cosa, de tal modo que no existe materia sin forma.

Ahora bien, aplicando dichos conceptos al campo de los contratos, éstos cuentan con dichos elementos del ser, la materia y la forma. La materia es el objeto de la voluntad interna del sujeto; la forma, es la expresión, la manifestación a través de signos ya sea verbales, escritos o por realizar una determinada conducta. Por tanto no existe contrato que no revista una forma, pues ésta reviste un elemento de existencia de la voluntad del sujeto. Por tanto, cuando se trata de la clasificación de la forma debe entenderse que los autores se refieren a las formalidades o formalismos.

"La forma puede definirse como: El signo o conjunto de signos por los cuales se hace constar o se exterioriza la voluntad del o de los agentes de un acto jurídico y del contrato. Y los formalismos o formalidades como: El conjunto de normas establecidas por el ordenamiento jurídico o por las partes, que señalan cómo se debe exteriorizar la voluntad, para la validez del acto jurídico y del contrato. En estas definiciones se establece la distinción entre la forma, como elemento de existencia del contrato, y los formalismos o formalidades como elemento de validez".¹¹

De la misma opinión es el maestro Jorge Alfredo Domínguez Martínez al decir: "Más que forma, el elemento de validez atendido debe ser designado como las formalidades del negocio jurídico, dado que esto último implica la satisfacción de requisitos a observarse para el otorgamiento de aquél. Tan es así, que señalado positivamente dicho elemento, se explica como es que la manifestación de voluntad se exteriorice con la satisfacción de las formalidades que al efecto la ley establezca para el otorgamiento del negocio del caso".¹²

Nuestro actual Código Civil para el Distrito Federal, en tratándose de esta figura, al parecer contiene disposiciones de carácter contradictorio, pues en sus artículos 1796 y 1832 señala como un principio general la consensualidad en la celebración de todos los contratos, y establece también la excepción de la formalidad en la celebración de determinados contratos, esto en la parte final de los citados preceptos; pero por otro lado si leemos por separado la reglamentación de cada uno de los contratos en particular, se advierte que la mayor parte de éstos son contratos formales, por citar sólo algunos ejemplos el artículo 2246 menciona que la promesa de contratar debe constar por escrito; el artículo 2316 se refiere a la compraventa de bienes inmuebles, la cual debe constar por escrito; el artículo 2,344 estipula que la donación se hará por escrito si el valor de los muebles

¹¹ PEREZ FERNANDEZ, del Castillo Bernardo, "Derecho Notarial", Edit. Porrúa S. A., 6ª edición, México, 1993, Pág. 60.

¹² Op. Cit., Pág. 619.

excede de 200 pesos; el artículo 2406 se refiere a que el contrato de arrendamiento se hará constar por escrito; y así por el estilo los contratos deberán constar por escrito; de tal forma que al reglamentar los contratos en especial, se actuó en forma inversa y la regla se convierte en excepción y la excepción en regla general.

Con esta actitud se pensaría que se está dando un retroceso en materia de contratos, porque aparece un renacimiento o resurgimiento del formalismo como el que imperaba en el antiguo Derecho Romano; dicho de otra manera, la reglamentación excesiva de los tipos contractuales, sin embargo, en la actualidad se da esta reglamentación en forma distinta, puesto que antiguamente se reconocía un alcance autónomo a la forma, en total independencia de la voluntad o del contenido de la misma, en donde se dotaba de fuerza propia a las palabras pronunciadas o escritas, y por ende sí no se hacía de la manera ordenada por el "jus civile", los efectos del contrato jamás se producían.

El que se vuelva a tomar en cuenta los formalismos obedece más bien a diversos motivos, no porque se le atribuya a las palabras una fuerza casi mágica, existen otros motivos o intereses que tutelar como evitar el surgimiento de litigios, proporcionar precisión a las obligaciones pactadas así como seguridad a los bienes considerados como importantes y provocar en los contratantes una reflexión más profunda.

1.2.5 EL FIN O MOTIVO DETERMINANTE Y LA CAUSA EN LOS CONTRATOS.

Es necesario dejar en claro la diferencia entre la causa del contrato y la causa de una obligación contractual, la primeramente nombrada es el fin o motivo que determina a una persona a celebrar cierto contrato y, la segunda es el motivo por el que en ese mismo contrato, cada parte acepta obligarse a realizar algo en favor del otro contratante. Como ejemplo clásico, tenemos al contrato de compraventa,

en donde el señor José compra un terreno al señor Juan, porque quiere construir una casa para su familia, lo que sería la causa del contrato, o dicho de otra manera, el fin que buscó el señor José para contratar, por otro lado, en dicho contrato el señor José se obliga a pagar el precio al señor Juan porque existe una obligación recíproca de éste último, consistente en transmitirle la propiedad del terreno objeto del contrato, lo que vendría siendo la causa de la obligación, o dicho en otras palabras, el fin directo o inmediato por el que el señor José quiso obligarse.

El elemento denominado "causa" ha sido el móvil de interminables discusiones por los tratadistas, por lo cual se han creado diversas corrientes, entre las que se encuentran la teoría causalista y la teoría anticausalista.

El problema radica esencialmente, en definir si además de los elementos de existencia y requisitos de validez ya tratados anteriormente, existe un elemento más que pueda ser necesario para que el acto jurídico sea perfecto, de tal manera que si la causa faltare el acto será inexistente, o por otro lado, si la causa es ilícita o errónea, el acto adolecerá de nulidad.

La teoría anticausalista considera que el acto jurídico es perfecto solo cuando se presentan la voluntad y el objeto como elementos substanciales, aunado a que la voluntad se emita por persona capaz, que no se dé algún vicio y se acaten las formalidades legales. Esta teoría afirma que con dichos elementos el acto jurídico es perfecto y no necesita de otro.

La teoría causalista, por el contrario, afirma que el acto jurídico puede tener todos los elementos aceptados en general por todas las legislaciones del mundo, tanto los de existencia como los de validez, pero, sin embargo, puede ser inexistente por carecer de una causa, o ser nulo por contener una causa ilícita o una causa falsa.

En este orden de ideas, afirma la teoría causalista que, cuando no se presenta la causa en el acto jurídico, éste sufrirá de inexistencia, y cuando sí se da la causa, pero es ilícita o es falsa, el acto sufrirá de nulidad.

1.2.5.1 CLASES DE CAUSAS.

Trataremos ahora, una vez que se han visto las diferentes posiciones doctrinarias, de definir lo que se comprende por la causa en los contratos y en los actos jurídicos.

No existe propiamente una definición general de la causa, que pueda aplicarse a todos los actos jurídicos; el camino seguido fue elaborar la definición a través de los contratos, para después difundirse hacia los testamentos y, al final, los doctrinarios, unificaron todos los datos existentes en las diversas especies de contratos, actos y testamentos para dar la generalización de la definición; fue Julián Bonneccase al autor que dio el concepto más acertado para poder aplicarse a los actos jurídicos en general al definirla así: "La causa es el fin abstracto, rigurosamente idéntico en cada categoría de actos jurídicos, que fatalmente persigue el autor del acto de acuerdo con la caracterización que del mismo hace la ley."¹³ A esta clase de causa se le ha denominado "la causa final".

Por otro lado, existe también lo que se ha denominado la causa impulsiva, que "es el fin concreto, variable en cada persona y en cada acto, independiente de la estructura legal que corresponda a la operación que se realice".¹⁴ Así pues, podemos ver que ésta última es la parte contraria de la causa final, en atención a las siguientes consideraciones:

¹³ Tomado del material didáctico para el Diplomado en Derecho Notarial, tomo cuatro, Derecho Civil Notarial, obligaciones, editado por la "Universidad Nacional Autónoma de México", 2ª Edición, México, sin fecha de edición, Pag.103.

¹⁴ Idem.

-
- a.) La causa final es un fin abstracto, en tanto que la impulsiva es un fin concreto.
- b.) En la causa final el fin abstracto es inmutable, y por tanto es exactamente idéntico en cada categoría de actos jurídicos, por otro lado en la causa impulsiva el fin concreto es variable en cada uno de los actos y en cada una de las personas en forma innumerable y,
- c.) La causa final está determinada por la caracterización que hace la ley cuando define cada convenio, cada contrato, cada testamento; pero en la causa impulsiva el fin concreto es autónomo de la calificación que hace la ley, puesto que se presenta como un fenómeno totalmente subjetivo, que se da en forma personal y diversa.

Donde mejor se puede apreciar la naturaleza de la causa es en los contratos, y dentro de éstos en los sinalagmáticos como la compraventa, en el cual se originan derechos y obligaciones recíprocas, en donde un contratante es a la vez obligado pero tiene también derechos contra el otro contratante y éste a su vez está obligado frente al primero, puesto que el comprador tiene la obligación de pagar el precio y el derecho de exigir que se le transmita la propiedad de la cosa, con la consiguiente entrega de ésta; por su parte, el vendedor tiene la obligación de transmitir el dominio de la cosa vendida, así como entregarla y cuenta con el derecho de requerir que se le pague el precio convenido.

En el caso de este contrato bilateral, la causa final se definiría como el fin abstracto y rigurosamente idéntico en cada categoría de contratos bilaterales. Es un fin abstracto porque no depende en ningún momento de la finalidad concreta del contratante, sino de la finalidad establecida por la ley en el contrato, que en el caso de la compraventa es transmitir la cosa a cambio de un precio cierto y en dinero (artículo 2248 del Código Civil para el Distrito Federal), lo que se dará en todas los contratos de compraventa que se celebren. El fin concreto puede ser,

por ejemplo, adquirir una casa para habitarla, o para revenderla; repetimos que la causa impulsiva puede adoptar tantas formas como pueda imaginarse, dado que cada contratante tendrá sus motivos personales para llevar a cabo la operación.

La otra característica que se presenta en la causa final es que es una constante común en todas y cada una de las categorías de los actos jurídicos, es decir, todas las compraventas, todos los testamentos, todos los arrendamientos tendrán respectivamente, el mismo fin abstracto impuesto por la ley, a través de la definición que a cada uno le imponga ésta.

De lo anteriormente dicho, se infiere una tercer característica, el fin abstracto además de ser una constante común en todos los contratos, debe realizarse indefectiblemente en la categoría de que se trate, porque de lo contrario no surgirá el acto jurídico, por ejemplo, no se puede concebir un contrato de compraventa en el que falte uno de sus elementos, porque este es el fin que se desprende de la definición misma del contrato; por eso lo impone de manera necesaria o imperiosa la caracterización legal, para que de cada acto se deduzca la definición de la causa final.

La causa impulsiva, en contrario, además de ser un fin concreto, es variable en cada persona y en cada acto, ni siquiera se da uniformemente dentro de los actos jurídicos para que variando la categoría del acto, se mantuviese un fin concreto; asimismo, dependerá de la persona y, por lo mismo, de los móviles que le hayan inspirado para celebrar el acto, por tal motivo, la causa impulsiva es indiferente a la caracterización legal.

Otra clase de causa es la llamada eficiente o genética. En la causa eficiente simplemente se sondea sobre el origen del acto jurídico, "esta es la fuente de las obligaciones, es decir, el contrato, el delito, etc."¹⁵ esta clase de causa es la que

¹⁵ BORJA SORIANO, Manuel, Op. Cit., Pág. 166.

existía en el Derecho Romano, que “consistía en la formalidad o en el hecho que había que cumplir para que surgiera el contrato (“verba” o “factum”, como por ejemplo la entrega de la cosa)”¹⁶

El problema de la causa eficiente no afecta la validez o la nulidad de la operación, sólo importa al derecho para determinar la fuente de las obligaciones, de los derechos o de las consecuencias de los actos jurídicos en general, pero no se propone el establecer la estructura misma del acto que pueda influir en su existencia o validez; por lo tanto, el problema de la causa queda circunscrito a la causa final, excluyendo a la causa impulsiva y a la causa eficiente.

La Escuela Clásica de la Causa tuvo sus expositores en Domat y Pothier, los cuales infundieron su pensamiento en el Código Civil Francés, el cual reconoce expresamente la teoría de la causa cuando reglamenta al contrato pero no al acto jurídico, porque debemos recordar que este Código, como el nuestro, no hace una reglamentación del acto sino del contrato que se aplica a los demás actos.

Esta escuela sostiene que la causa final, de acuerdo a la definición analizada anteriormente, es un elemento esencial en los actos jurídicos, por lo que si falta, dicho acto será inexistente; o bien si la causa fuera ilícita o falsa el acto existirá, pero estará afectado de nulidad, ya sea absoluta en la causa ilícita, o bien relativa en la causa falsa.

Los tratadistas causalistas definen la causa en las distintas categorías de contratos en donde se presenta este elemento y distinguen entre contratos bilaterales, a título gratuito y reales. Es en estas tres categorías en donde se define la causa, por eso se dijo anteriormente que no existía un concepto general: para los contratos bilaterales, la causa radica en la obligación de un parte que tiene su contraprestación de la otra parte, lo que es el fin abstracto, fatalmente

¹⁶ SANCHEZ MEDAL, Ramón, OP. Cit., Pág. 52.

idéntico en todos los contratos bilaterales: a toda obligación corresponde un derecho y viceversa. Esta causa como fin abstracto que impone la ley y que se da en todos los contratos bilaterales es necesaria para la existencia del contrato; siguiendo el caso típico de la compraventa, no podríamos imaginarnos que existiera ésta si faltara la obligación de entregar la cosa o la de satisfacer el precio.

En los actos o contratos a título gratuito, la causa consiste en la intención de hacer una liberalidad, por consiguiente su fin abstracto será siempre la intención de hacer una liberalidad; por otro lado, el fin concreto o causa impulsiva será distinta en cada acto gratuito y de acuerdo a cada persona: por ejemplo, alguna persona desea donar su casa por parentesco, por amistad o por altruista. No surgirá el acto jurídico a título gratuito si falta ese animus donandi, que es fundamental en este contrato, característico de los actos a título gratuito.

Por último, en los contratos reales la causa será siempre la entrega de la cosa. Se les denomina contratos reales a aquellos que para su conformación requieren como elemento sine qua non la entrega de la cosa, por ejemplo el depósito, no habrá tal si antes no se entrega la cosa, lo que constituye el fin abstracto, lo que sucede absolutamente en todos los contratos reales.

Para los causalistas, la causa de la obligación es el fin directo e inmediato que el deudor persigue al obligarse.

Los autores causalistas afirman que no confunden la causa y el motivo, porque la causa es el fin inmediato y directo que busca el que se obliga; por otro lado, el motivo es el fin remoto o lejano. La causa es el fin jurídico o abstracto de la obligación, mientras que el motivo es el fin concreto. Tampoco puede confundirse la causa con el objeto, por que son dos elementos distintos: el objeto de la obligación es lo que el deudor se obliga a realizar, responde a la pregunta de "¿quid debetur?", en tanto que la causa de la obligación es lo que ha determinado al deudor a obligarse y responde a la pregunta de "¿cur debetur?", por ejemplo, en

el contrato de compraventa, la obligación del vendedor tiene por objeto la cosa vendida y por causa la obligación del comprador.

En contra de la Escuela Causalista, existe la denominada Teoría Anticausalista, que afirma que en realidad no existe un nuevo elemento, que lo que se hace es duplicar inútilmente los requisitos que ya han sido aceptados indiscutiblemente como parte del acto jurídico, lo que se hace es duplicar el objeto para denominarlo causa, pero que esto sucede porque el estudioso del tema se coloca en un punto de vista muy particular.

La Escuela Anticausalista analiza las definiciones que propone la Escuela Clásica en cada uno de los contratos y la rebate al decir que en realidad la causa no es más que el objeto o la manifestación de la voluntad examinados desde un punto de vista especial. En consecuencia, la teoría duplica los elementos que son indispensables para que surja el acto jurídico. Los principales detractores de la Escuela Clásica fueron el belga Ernst, para seguir Laurent y, posteriormente Planiol. La controversia se produjo principalmente en el derecho francés dado que el Código Napoleón admitía expresamente la causa como elemento en los contratos, declarando que par la validez de un contrato era necesaria una causa, que ésta debía ser lícita y cierta y que cuando un contrato tenía una causa falsa o ilícita no producía efectos jurídicos.

Veamos ahora las críticas hechas, en primer lugar, por Ernst, el cual considera que la causa en los llamados contratos a título gratuito en realidad es la manifestación de la voluntad con el propósito de hacer una liberalidad. Continúa diciendo que, no es que exista un nuevo elemento que agregar a la manifestación de la voluntad y que se pueda llamar, como lo hace la teoría clásica el animus donandi o el propósito de realizar la liberalidad; lo que en realidad sucede es que en los actos a título gratuito, la voluntad tiene que expresarse invariablemente con el propósito de beneficiar a alguien, si no se expresa la voluntad no habrá acto jurídico; no se puede disecar la manifestación de la voluntad y dividirla en dos

partes, primero una manifestación abstracta de voluntad sin contenido para posteriormente, presentar un contenido de esa voluntad que estriba en hacer la liberalidad. Esta operación de separar al acto en dos momentos es inconsistente y en ningún momento puede realizarse porque siempre la voluntad lleva un contenido, por ejemplo el que desee hacer un obsequio en el contrato de donación, no hace primero su manifestación de voluntad sin pretender un fin y después realiza un fin determinado; es el mismo acto, puesto que manifiesta la voluntad y el propósito de hacer la liberalidad, por lo que en conclusión, es suficiente decir que la manifestación de la voluntad es un elemento esencial del acto jurídico, que conlleva un determinado propósito, este determinado propósito es el contenido de la manifestación que es diferente en cada categoría de los actos jurídicos, pero no es un elemento que se pueda disociar de la manifestación de la voluntad para crear paralelamente a ella un nuevo elemento que forme parte de los actos jurídicos. Por esto cuando se dice que la manifestación de la voluntad es un elemento del acto jurídico que tiene el propósito de crear consecuencias de derecho, se deduce que es una manifestación concreta de la voluntad, en busca de un fin.

Consecuentemente, basta con afirmar que en los contratos, convenios, testamentos y, en general en los actos jurídicos, la manifestación de voluntad con un determinado ánimo, es el elemento fundamental del acto, sin tener que dificultar aún más el dilema introduciendo un nuevo elemento.

La fragmentación de los datos en las ciencias resulta falsa e inútil cuando puede alcanzarse la explicación del caso con apoyo de un solo elemento. Así como en la química no se duplican los elementos esenciales, si es posible reducirlos, así en la ciencia jurídica, para dilucidar la naturaleza de los actos jurídicos se debe realizar mediante la simplificación de sus elementos, y no tratar de incorporar nuevos componentes que son una simple manifestación o calificación de un elemento simple.

Laurent continúa la impugnación hecha por Ernst, tratando a los actos a título oneroso. Este profesor belga consideró que se define a la causa en los contratos bilaterales y en general en los onerosos, cuando una parte se obliga a cambio de que la otra se obligue. Dicho de otra forma, se considera que el objeto de una obligación es la causa de la otra, por lo que volviendo al ejemplo del contrato de compraventa, la obligación del vendedor tiene como objeto la cosa que va a transmitir; la del comprador tiene como objeto el precio que pagará. De aquí se deduce que el objeto mismo de una obligación sirve de causa para la obligación de la otra parte, de tal modo que, el vendedor se obliga a cambio del precio y el comprador se obliga a cambio de la cosa. La teoría clásica sostiene que la causa de la obligación del comprador reside en la cosa que le entregará el vendedor y que la causa de la obligación del vendedor es el precio que le pagará el comprador. Laurent afirma que como la cosa y el precio son los objetos del contrato, en verdad se está manipulando el mismo objeto para darle sucesivamente el carácter de objeto para un contratante y el de causa para el otro, por lo que, la cosa es objeto en la obligación del vendedor y causa en la obligación del comprador y, el precio es objeto en la obligación del comprador y causa en la obligación del vendedor; por tal motivo, no existe razón para crear un nuevo elemento en la categoría de contratos bilaterales porque es suficiente con expresar que el objeto es el elemento esencial tanto en estos contratos como en los demás actos jurídicos, por lo que cuando dicen los clásicos que falta la causa, en realidad de lo que se carece es de objeto, por lo que el contrato será inexistente no por falta de una causa, sino por que se carece de objeto. Sigamos con el ejemplo típico de la compraventa: Imaginemos que se vende una cosa que ya no existe, pero el vendedor ignora que la cosa se destruyó antes de la celebración del contrato. Ahora bien, este contrato con la cosa extinguida por supuesto que es inexistente, pero la doctrina causalista infiere que es inexistente por falta de causa, porque no existe ésta para la obligación del comprador que ya satisfizo el precio sin recibir la cosa. Por el contrario, Laurent argumenta que este contrato será inexistente por falta de objeto, debido a que el vendedor debe transmitir la propiedad de una cosa al comprador y ese es precisamente el objeto

del contrato, por lo que para concluir que se está en presencia de un contrato inexistente, se puede hacer a través de la inexistencia del acto por falta de objeto, sin que innecesariamente se haga intervenir un nuevo elemento que hace que se complique la técnica jurídica, además de crear una confusión en el arreglo de los problemas.

Por su parte, Planiol sostiene que la teoría de la causa es inútil y falsa. Es inútil dado que todos los conflictos por ella expuestos se pueden resolver con la teoría del objeto y de la voluntad; en ese orden de ideas, es suficiente delimitarnos a los elementos de existencia y validez ya estudiados, con el fin de resolver cualquier problema que surja sobre la existencia, inexistencia y nulidad en los actos jurídicos. Del mismo modo, también es falsa cuando asevera que en los contratos bilaterales la obligación de un contratante es causa de la obligación del otro y a su vez la obligación de este segundo contratante tiene como causa la obligación del primero, es decir, "al mismo tiempo lo que es causa de una obligación se convierte en efecto de la otra y lo que es efecto de ésta se convierte en causa de la primera. Ahora bien, jamás puede el efecto ser causa de su causa".¹⁷

Si seguimos con el caso del contrato de compraventa, la teoría clásica comete el error de afirmar que la obligación del comprador tiene como causa la obligación del vendedor, porque posteriormente al aseverar que la obligación del vendedor tiene como causa la obligación del comprador se comete un silogismo ilógico ya que primero una causa produce un efecto específico y posteriormente este efecto es causa de su causa. De ningún modo se puede afirmar tal cosa porque, si volvemos al ejemplo de la compraventa, si la obligación del vendedor es la causa de la obligación del comprador, no se puede sostener que la obligación del comprador, que ya tiene el atributo de ser un efecto, será causa de la obligación del vendedor; ello se debe a que las obligaciones son coincidentes o simultáneas,

¹⁷ Tomado del material didáctico para el Diplomado en Derecho Notarial, tomo cuatro, Derecho Civil Notarial, Obligaciones, editado por la Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª Edición, México, sin fecha de edición, Pág.107.

es decir, nacen al mismo tiempo, no surgen en forma secuencial, ni mucho menos una produce a la otra.

Todos los contratos bilaterales originan las obligaciones simultáneamente y no en forma sucesiva por lo que no es necesario crear un nuevo elemento - la causa - en estos contratos, ya que es inconcebible que una obligación primeramente creada posteriormente se vuelve causa de la que le dio nacimiento.

Ahora bien, si nos trasladamos a los contratos a título gratuito, la teoría causalista también resulta falsa ya que ella hace una disección del fin en relación con la manifestación de voluntad en una forma arbitraria para separarlo de la propia expresión de voluntad; lo que no sucede de ninguna manera en una persona en su sano juicio, de tal forma que es erróneo pensar que la manifestación en todos los actos a título gratuito tenga una naturaleza carente de un fin; toda manifestación de la voluntad lleva en su esencia un fin, luego entonces no existen dos elementos, lo que sucede es que es uno solo visto jurídicamente como propósito determinado.

Por lo que atañe a la causa ilícita, Planiol afirma que lo que realmente acontece es que se trata del objeto ilícito del acto.

La teoría causalista incurre nuevamente en el acto de disociar por un lado el objeto aislado de su fin para afirmar que dicho objeto puede ser ilícito, así como también puede darse un fin ilícito. Planiol, al analizar dicha postura, cita como ejemplo dado por la teoría causalista para sostener su criterio, el del contrato de arrendamiento que tiene como objetivo utilizar el inmueble para instalar una casa de juego prohibido o de tolerancia. En ese orden de ideas, el objeto al que está obligado el arrendador será el conceder el uso y goce de su casa a cambio de una renta; por su parte, el objeto al que está obligado el arrendatario será pagar un determinado precio. Estos objetos en ningún momento pueden catalogarse como ilícitos, sino que lo que resulta ilícito es el acto, como consecuencia de que se

arrienda el inmueble para realizar juegos prohibidos. No se puede decir que el objeto de la obligación del arrendador esté disociado de su fin, debe relacionarse en todo momento para discernir si el propósito tiene una esencia lícita o ilícita.

La teoría clásica o causalista creó un elemento vital que, como ya vimos líneas arriba, llama la causa final; pero, dicha causa en el ejemplo anterior ya no constituye un fin abstracto y estrictamente exacto en cada categoría de contratos o actos jurídicos, puesto que ya posee un fin concreto. Se aparta de los demás contratos de arrendamiento, al ya no tener el fin abstracto de estos, sino que cuenta con el fin concreto de arrendar la casa para un negocio ilícito consistente en el juego prohibido, por lo que, en conclusión, es suficiente que los contratos o actos jurídicos se declaren nulos por contener un objeto ilícito, al acoger un concepto amplio del objeto, ya que la teoría causalista tiene un concepto acotado al disociar la prestación del fin querido. "En la teoría de Planiol el objeto comprende la prestación en relación con su fin. Esta concepción amplia del objeto nos permite investigar los actos y contratos en los que haya un propósito ilícito sin hacer intervenir un nuevo elemento llamado causa".¹⁸

Ahora bien, expresa Planiol, lo que la teoría clásica llama actos con causa errónea o falsa son, en realidad, ejemplos del error en la manifestación de la voluntad. El error cuando infiere directamente en la voluntad, vicia el acto jurídico y origina que se presente la nulidad relativa del mismo, por tanto, la causa errónea no significa más que el error sobre el motivo determinante. Luego entonces no existe argumento para asegurar que se da por un lado el error, el cual origina la nulidad y, por otro lado, hablar de la causa falsa o errónea, la cual del mismo modo acarrea como consecuencia la nulidad de los actos jurídicos. Por tanto, Planiol concluye que es suficiente con la teoría del error, siempre y cuando recaiga sobre el fin determinante de la voluntad, el cual estudia exclusivamente la legislación para declarar la nulidad del acto jurídico, ya que el error que incide sobre el móvil

¹⁸ Idem. Pág. 108.

que no determina la voluntad es el que se ha llamado indiferente, lo que es aceptado también por la teoría clásica al clasificar al error en la causa final y al error en la causa impulsiva, por lo que únicamente la causa final errónea conduce a la nulidad del acto o contrato.

Por último, se dice que cuando surja un caso de causa final errónea se da al mismo tiempo un caso de error determinante de la voluntad, al que líneas atrás se le definió como error de segundo grado, error - nulidad o error - vicio.

1.2.5.2 LA CAUSA EN EL DERECHO EXTRANJERO.

1.2.5.2.1 EL DERECHO ITALIANO.

El Código Civil italiano de 1865, en su artículo 1104 y, a semejanza del Código Napoleón, menciona entre los requisitos esenciales de validez de los contratos una causa lícita para obligarse, además de que en el artículo 1119, reproduce el precepto 1131 del Código Civil francés.

Por otro lado, en lo que a los doctrinarios se refiere, también hubo una separación entre causalistas y anticausalistas. Entre los causalistas tenemos a Francisco Ferrara quien dice que: "La ilicitud puede recaer: en el objeto del acto, en la causa o en una condición. Tenemos por lo mismo tres tipos: acto objetivamente ilícito, causalmente ilícito, condicionalmente ilícito".¹⁹

Por el contrario, Giorgi, sostiene que la palabra objeto se debe interpretar en un sentido amplio, por lo que se debe incorporar en ella, además del hecho constitutivo de la prestación, los motivos.

¹⁹ Citado por Manuel Borja Soriano. Op. Cit., Pág. 167.

1.2.5.2.2 EL DERECHO ESPAÑOL.

En el proyecto del Código, el cual fue comentado por García Goyena, se considera también a la causa lícita de la obligación como un requisito preciso para la validez del contrato, ello en el artículo 985; así también, en el artículo 998 asevera que "la obligación fundada en una causa falsa o ilícita no produce efecto legal" y aún más, en su artículo 997, siguiendo las ideas francesas, da un concepto de lo que debe entenderse por causa: "En los contratos onerosos, se entiende por causa para cada parte contratante la prestación o promesa de una cosa o servicio hecho por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera; y en los de pura beneficencia, la pura liberalidad del bienhechor".²⁰

Ahora bien, el Código Civil español de 1888, dice en su artículo 1261 que no habrá contrato sino cuando se dé la presencia de diversos requisitos, entre ellos la causa de la obligación que se establezca; por su parte, el artículo 1275 del mismo ordenamiento dispone que no producirán efecto alguno los contratos carentes de causa o que contengan una causa ilícita y, por último, el artículo 1274 reproduce el artículo 997 del proyecto arriba indicado.

Entre los tratadistas españoles, Valverde se considera dentro de los causalistas y, Diego criticó a dicha teoría clásica.

1.2.5.2.3 EL DERECHO PORTUGUÉS.

La codificación civil portuguesa de 1867 no menciona dentro de su precepto número 643, al hablar de las condiciones que debe contener el contrato para ser válido, a la causa, apartándose de las codificaciones antes estudiadas, pero si refiriéndose a la existencia de un objeto posible.

En el ámbito académico, Dias Ferreira, al estudiar al objeto posible explica que el objeto, amén de ser posible físicamente, debe serlo en forma jurídica, lo que en

²⁰ Idem. Pág. 167.

otras legislaciones se conoce como la "causa lícita en la obligación", la cual fue muy comentada por los juristas en el Derecho Romano. En conclusión, la doctrina y la legislación portuguesa, no consideran a la causa lícita como un elemento distinto del objeto, sino que se incorpora en éste.

1.2.5.2.4 EL DERECHO ARGENTINO.

El Código Civil de este País no enuncia los requisitos necesarios para la validez de los contratos, pero menciona a la causa de las obligaciones en los artículos 499 al 502, en donde le da una connotación en dos diversas acepciones: Como la causa eficiente, o bien, como el fin considerado por las partes, es decir, como el motivo o factor impulsivo que determina a contraer la obligación, por lo que se deduce que en este País la legislación y los doctrinarios no aceptan la teoría clásica de la Causa.

1.2.5.2.5 EL DERECHO AUSTRIACO.

El Código de este País, en el capítulo dedicado a la figura de los contratos, se refiere únicamente a la capacidad, al consentimiento y al carácter posible y lícito del objeto del contrato, olvidándose de incluir a la causa.

1.2.5.2.6 EL DERECHO ALEMÁN.

El Código Civil Alemán no cataloga los elementos que deben concurrir para la integración del contrato, así como tampoco trata del objeto del contrato ni de la causa de las obligaciones que nacen de él.

1.2.5.2.7 EL DERECHO SUIZO.

El Código de las Obligaciones, o sea el Libro V del Código Civil Suizo, tampoco toma en cuenta a la causa como un elemento para que nazca la obligación.

1.2.5.2.8 EL DERECHO BRASILEÑO.

El Código Civil de 1916 no alude a la causa sino en su artículo 90, que expone lo concerniente a la llamada falsa causa, figura empleada en un sentido lato que se refiere al simple motivo. Además, dentro de los estudiosos del tema se encuentra Clovis Bevilacqua, quien es catalogado como anticausalista.

1.2.5.3 LA TEORÍA DE LA CAUSA EN NUESTRO DERECHO.

Tanto el Código Civil de 1870, como el de 1884, al fijar los requisitos que debe reunir el contrato para que sea válido, no toma en cuenta entre ellos a la causa, basándose para ello en los Códigos Austriaco y Portugués y apartándose de los Códigos Francés e Italiano, así como del Proyecto del Código Español, comentado por García Goyena. Es de suponerse que el vocablo causa no fue adoptado por los Códigos arriba citados como un elemento típico del contrato, ya que sus redactores no consideraron la causa como un elemento que debiera agregarse a los ya enumerados, toda vez que dicha causa queda implícita en el objeto, o bien en el consentimiento.

Por lo que respecta al Código Civil de 1928, los legisladores consideraron que se evitarían muchos problemas acerca de la interpretación del vocablo "causa", en el momento de discernir entre voluntad y fin o entre objeto o fin al proponer que al enumerar los elementos del acto jurídico y del contrato en particular, se hacía hincapié en que amén de un objeto, el acto debe tener un fin y motivo lícitos. Para entender aquellos problemas singulares de la causa no era suficiente decir con que el objeto sea lícito, sino que era necesario que el fin determinante de la voluntad también sea lícito. De este modo, se evita la controversia entre la Teoría Clásica y la Teoría Anticausalista, luego entonces nuestro actual Código Civil ya no realiza la distinción entre la prestación y fin como algo autónomo del objeto, pues puede el objeto ser perfectamente lícito, pero el fin ser ilícito. No es suficiente que el objeto sea lícito, si el fin no lo es el acto será nulo, por lo que puede darse ésta ya sea por el objeto ilícito o por la finalidad ilícita, de tal manera que la figura

de la finalidad cubre los resquicios que el objeto pudiere dejar. El ejemplo manejado anteriormente, respecto del contrato de arrendamiento de un inmueble para establecer un centro de juegos prohibidos, en nuestro derecho es declarado ilícito por una finalidad que es opuesta a la ley, aunque las prestaciones y los objetos sean estrictamente lícitos. Aunado a ello, nuestro Código Civil expresa que el motivo en los actos jurídicos debe ser lícito, lo que acarrea que, cuando se presente la ilicitud en el motivo el acto será nulo; es evidente que dicho motivo debe ser determinante de la voluntad y no aquél impulso trivial que no afecta a la decisión o que influye de forma circunstancial.

Así pues, si se conjugan estos tres elementos: objeto, fin y motivo, se tendrán cubiertas todas las hipótesis de ilicitud, en alguno de sus aspectos, pues se pueden atacar los actos ilícitos por el objeto, como vender estupefacientes, pues dicha venta se considera ilícita, independientemente del fin. Se dan los actos lícitos en el objeto, pero ilícitos en su fin, como el ejemplo ya citado del contrato de arrendamiento para instalar una casa de juego prohibido y, por último, también puede darse la ilicitud en el motivo determinante. Todo ello queda plasmado en los artículos 1795, fracción III, 1830, 1831 y 2225, éste último de gran trascendencia, toda vez que trata del acto y no únicamente del contrato, por lo que es claro que el Código de 1928 acoge la teoría del fin o motivo determinante de la voluntad, agregando al objeto lícito el motivo también ilícito.

Por último quiero resaltar que en la figura de los testamentos también se hace referencia al fin o motivo determinante de la voluntad, ello en los artículos 1301 y 1304.

1.3 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS CONTRATOS.

1.3.1 ROMA.

En la época romana se fue dando un desarrollo de los contratos y existieron las siguientes categorías:

a.) Contratos nominados, los cuales eran reconocidos por el ius civile del periodo bajo republicano. En este grupo encontramos cuatro clases de contratos, que dependía de la forma de perfeccionarse,

1. - Contratos verbis, que se perfeccionaban mediante la pronunciación de frases consagradas a través de los usos, relacionados la mayoría de las veces con la magia ó con la religión. Como ejemplo tenemos a la stipulatio, en donde se realizaba primero una pregunta seguida de una contestación, utilizándose en ambas el mismo verbo y quedando así perfeccionada.

2. - Contratos literis, los cuales se perfeccionaban, en ciertos casos particulares, por el uso de una representación escrita.

3. - Contratos reales, que requería además del consentimiento, la entrega de la cosa. Este grupo se dividía a su vez en un contrato stricti iuris, como el mutuo, préstamo de consumo, y tres contratos de bona fide, el préstamo de uso o comodato, la prenda o pignus y el depósito.

4. - Contratos consensuales, con los cuales se da un gran avance en relación con el formalismo del derecho arcaico. Se da el perfeccionamiento por el solo consentimiento de las partes, ubicándose dentro de estos a la compraventa, a la locatio - conductio en las formas de rei, operarum, operis y aparcería, así como el mandato y la sociedad.

b.) Otra categoría de contratos fue la familia de los contratos innominados llamados *contractus incerti* o *negotia nova*. "Los contratos innominados aparecen como un complemento y una generalización de los contratos reales. Como en los contratos reales, en los contratos innominados la causa de la obligación consiste en la prestación efectuada por un sujeto a favor de otro para obtener la contraprestación convenida; pero ésta, o sea el objeto de la obligación, a diferencia de los contratos reales, puede divergir, a veces esencialmente, de la causa"²¹

Los contratos innominados han sido clasificados en cuatro grupos:

1. - *Do ut des* o *doy para que des*, cuando la causa es la dación ya realizada de una cosa, o sea la transmisión de un derecho y el objeto de una prestación análoga, como la permuta.
2. - *Do ut facias* o *doy para que hagas*, cuando la causa es también la transmisión de una cosa y el objeto la prestación de una obra, como la prestación de servicio a cambio de una indemnización en especie.
3. - *Facio ut des* o *hago para que des*, que en realidad es el mismo contrato que el anterior, sólo que la diferencia radica en el punto de vista que se sitúe el contratante, ya sea del que presta el servicio o del que ofrecía la indemnización en especie.
4. - *Facio ut facias*, cuando la causa y el objeto consisten en meros hechos, o sea un intercambio de servicios.

²¹ BONFANTE, Pedro. "Instituciones de Derecho Romano", traducción de la 8ª edición italiana por Luis Bacci y Andrés Larrosa, 5ª Edición (publicación del Instituto Cristoforo Colombo de Roma), Instituto Editorial Reus, Madrid, España 1979, Pág. 506.

La característica esencial de los contratos innominados "era que se perfeccionaban con la prestación de cualquiera de las partes, por lo cual se parecían algo a los contratos reales del grupo de los nominados"²². La aparición de esta forma de contratar, dio como resultado que cada vez se usaran menos los llamados pactos nudos.

Los contratos innominados también estaban dotados de una acción procesal, con la condición de que fueran sinalagmáticos y que pudieran ser comprobados, con excepción de los contratos en que ninguno de los contratantes hubiera empezado a ejecutar sus respectivas prestaciones.

Posteriormente, en la época de los postglosadores, se le incorporó a los contratos innominados una innovación de importancia, la cual consistía en que los deberes vencidos podían ser reclamados inmediatamente después de su vencimiento, incluso si el propio actor todavía no cumplía, por no estar vencida su propia obligación.

Los principales contratos innominados de la época romana son la permuta, por el cual uno se obliga a transferir una cosa o también un derecho distinto de la propiedad, por haber recibido ya una prestación semejante de otro objeto; el contrato estimatorio, por el cual el deudor, que ha recibido un objeto estimado, con encargo libre de venderlo, se obliga alternativamente a prestar la estimación convenida, conservando para sí el eventual exceso de valor o a restituir el objeto y, el precario, que era la concesión gratuita de un objeto con pacto de restitución a arbitrio del concedente.

²² FLORIS MARGADANT S., Guillermo. "El Derecho Privado Romano como Introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea", Edit. Esfinge, 4ª Edición, México, 1970, Pág. 382.

c.) Existían también los pactos vestidos que eran los adyectos, pretorios y legítimos, que producían obligaciones naturales y, que sí no proporcionaban una acción procesal, por lo menos sí una excepción; contaban con todas las características de un contrato.

Durante la edad media, las costumbres mercantiles en Europa jugaron un papel importante para que las convenciones y contratos mercantiles fueran aceptados y que, como actos jurídicos que eran, no sufrieran con las formalidades de los contratos civiles, que estaban más sujetos a reglas y tipos establecidos.

1.4 EVOLUCIÓN ACTUAL DE LOS CONTRATOS MERCANTILES.

Sin duda alguna las vicisitudes de la vida social y económica dan origen a nuevas necesidades, las que a su vez dan origen a nuevas instituciones que en apariencia no guardan ninguna relación con el pasado. Los negocios hoy en día parecieren que son diferentes a los de tiempos pasados, pero en realidad no es así.

Toda vez que el derecho mercantil es un derecho que se ocupa de los negocios, en tanto que atiende a los actos mercantiles y a los sujetos que en ellos intervienen, por ende debe adaptarse a los cambios del medio social y económico y a las reglas que estos señalan; pero trátase de cualquier institución jurídica contemporánea por muy original que parezca, debe siempre relacionársele con otras instituciones jurídicas pasadas que han sido adaptadas a las necesidades del mundo moderno. Algunas de las características esenciales de las figuras modernas se explican a través de su evolución histórica por lo que en este apartado veremos las principales épocas que se suscitaron en el desarrollo del derecho mercantil:

1.4.1. ÉPOCA ANTIGUA.

Algunos autores consideran que la civilización egipcia no contribuyó en nada al derecho mercantil, ya que solo desarrollaron las labores agrícolas, dejando a los extranjeros el ejercicio del comercio; sin embargo existen ciertos antecedentes que hacen pensar que tuvieron alguna injerencia en el desarrollo del derecho mercantil, basados en lo que han explicado algunos historiadores que catalogaron a la cultura egipcia y a su pueblo como "activos cerebros y dedos ágiles, que daban al labriego mejores aperos y a la mujer útiles efectos para su casa".²³

Por otro lado, los comerciantes sumerios usaban los sellos que portaban en sus anillos como un símbolo de buena fe por lo que nace el crédito, que facilita la producción y el intercambio de mercancías. Lidia creó la moneda y ésta tuvo un gran auge por lo que empezó a circular de una manera fácil. La escritura se desarrolló de tal modo y tomó diferentes formas en los valles del Nilo y del Éufrates, así que ambas contribuyeron al desarrollo del comercio, por lo que era dable al comerciante realizar cuentas exactas y al mercader usar letras de cambio para abarcar más zonas de influencia en sus negocios.

Por el contrario el pueblo Babilónico, conformado por los caldeos y los asirios tuvieron como principal ocupación el comercio. Dentro de sus figuras mercantiles se reconocen ya los principios de los títulos de crédito, los cuales surgieron curiosamente de la situación imperante en esa época ya que el comercio, sobre todo el terrestre, estaba constantemente expuesto a los asaltos que sufrían los mercaderes, lo que trajo como consecuencia que dichas personas se reunieran para viajar en caravana, pero más que eso a pensar en una forma de pago sin llevar consigo dinero en efectivo. El sistema fue el siguiente: Consistía en tabletas

²³ VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. "Contratos Mercantiles", Edit. Porrúa, S. A., 4ª Edición, México, 1992, Pág. 2.

que tenían un equivalente en metálico, ya que implicaban una orden de pago en cierto lugar, que era distinto a aquel que se habían expedido o preparado.

En la legislación conocida como el Código Hamurabi, aproximadamente en el siglo XX A. C., aparecen diversos artículos dedicados a las figuras mercantiles, tales como el préstamo con interés, en su forma más rudimentaria que era cuando el acreedor entregaba semillas al deudor, quien posteriormente restituía cuando cosechaba; otras figuras también contempladas eran el contrato de sociedad, el depósito de mercancías y el contrato de comisión. Otro dato interesante es que la primera banca de la cual se hallan registros es la de los Igibi, alrededor del siglo VI a. C. en Babilonia. También existe la certeza de que el rey Hamurabi expidió algunas normas especiales, que tutelaban los préstamos agrícolas y comerciales.

Por lo que se refiere al pueblo Fenicio, los cuales eran navegantes por excelencia, éstos dan un paso adelante del simple comercio terrestre, en virtud de que tuvieron contacto con otras culturas al desplazarse por el mar.

Esta cultura aportó al derecho marítimo una figura que ha sobrevivido hasta la época actual; esta institución fue recogida por el derecho romano pero no pasó en forma escrita ya que dichas reglas mercantiles se regían por la costumbre, se trata de la Lex Rhodia de lactu, a través de la cual todos y cada uno de los propietarios de las mercancías transportadas en un barco, debían contribuir a reparar las pérdidas sufridas por alguno de los propietarios cuyas mercancías se arrojaban al mar para proteger la integridad del buque; esta figura es el antecedente directo del actual contrato de avería, contemplado en el artículo 256 de la Ley de Navegación y Comercio Marítimo. Aparte de dicha aportación ninguna otra figura fue aportada por el pueblo fenicio.

Ahora bien, otro pueblo que también se dedicó al comercio fue el griego, además de que concentraron a su alrededor la actividad comercial de los territorios que constituían el mundo antiguo; no obstante, no existen evidencias de las cuales se

pueda tomar nota y reproducir un Derecho Mercantil – Griego, ello tal vez porque en Grecia no se hizo la bifurcación entre el Derecho Civil y el Derecho Mercantil, puesto que los jueces de dicho pueblo aplicaban las mismas reglas del Derecho Privado, tanto a los comerciantes como a los no comerciantes. Sin embargo, se ha reconocido que una institución mercantil directamente vinculada con el comercio marítimo se debe a ellos, se trata del *Nauticum Foenus*. Ahí se narra que hombres acaudalados de Atenas, prestaron a un mercader que debería embarcar un navío para comprar trigo en Sicilia, estableciéndose en el contrato respectivo que si el viaje llegaba a buen término y la mercancía sana y salva, se pagaría un fuerte interés, por lo contrario, si fracasaba la empresa, es decir, no se realizaba el traslado de la mercancía, perdiéndose, por tanto, el provecho esperado, acarrearía como consecuencia que no se devolvería la suma prestada. Los tratadistas han considerado a esta institución como el precedente del contrato de seguro y del préstamo a la gruesa.

Tratemos ahora a la cultura que ha influido en nuestro Derecho de una manera importante, el pueblo romano.

Durante los primeros siglos de existencia de Roma, el derecho para practicar el comercio, aparece como una potestad que no sólo se concedía a los ciudadanos romanos, sino también a los extranjeros llegados a Roma o que ahí radicaban, ello por la razón de que los romanos no aplicaban la ley propia o extranjera, sino que se regían por normas comunes que constituían una forma de derecho internacional, lo que posteriormente fue uno de los elementos para formar el *Jus gentium*, al cual se le define como “el conjunto de normas que los romanos tenían en común con los demás pueblos de la antigüedad”,²⁴ que a diferencia del *Jus Civile*, que se aplicaba sólo a los ciudadanos romanos, carecía de todo formalismo.

²⁴ *Idem*, Pág. 4.

El Derecho de Gentes regulaba las relaciones económicas y comerciales entre los pueblos del Mediterráneo, sin embargo, sería desacertado afirmar que las normas concernientes al comercio, comprendidas en el Jus gentium, hayan constituido un verdadero derecho aglutinado y uniforme; si no que, de hecho, los romanos no separaron entre el Derecho Civil y el Derecho Mercantil.

Aunque Roma fue un centro de gran movimiento comercial, con una gran población, no germinó un derecho para los comerciantes, tal vez por el repudio que en cierta manera sentían los romanos hacia la actividad mercantil, o tal vez por la flexibilidad del Derecho Romano para adecuarse a las necesidades del tráfico mercantil, o por las facultades legislativas que el pretor tenía, por las cuales podía modificar las instituciones jurídicas de acuerdo a las exigencias de la vida, es decir, al comercio.

En Roma no reconocieron normas particulares que se aplicaran a una casta social, es decir, a los comerciantes, ni tampoco un derecho que regulara determinados actos jurídicos de carácter comercial. Los jurisconsultos se toparon con instituciones de naturaleza propiamente comercial y su actuación se centró en señalar las reglas de estas instituciones, con independencia de las personas que las cumplieran, así como del motivo por el cual las llevaban a cabo. Ese es el motivo por el cual son pocas las normas que se refieren al comercio.

De las instituciones mercantiles que pueden relacionarse están:

1. - La "actio institoria", por la que, contrario a lo que sucedía en el Derecho Civil, que no reconocía a la representación, los terceros que hubiesen celebrado una operación comercial con un esclavo o un hijo de familia, podían requerir directamente el pago al amo o al pater familias.

2. - La actio exercitoria, por la que los terceros que contrataron en forma directa con el capitán de un buque podían exigir la obligación al dueño de la embarcación.

3. - La nauticum foenus, que reglamentaba el préstamo a la gruesa. Como ya se dijo, la exigibilidad dependía del feliz arribo de un buque. Así, un inversionista o un banquero, aportaba los fondos a un comerciante, por los que se pactaba un alto interés si el navío llegaba a su destino, en caso contrario no existía para el comerciante obligación de pagar, tanto capital como el interés.

4. - Como también ya se dijo, la Lex Rhodia de lactu, se reglamentó en el Derecho Romano.

También en la época romana surge la contabilidad, pues los banqueros romanos tenían la obligación de llevar determinados libros.

1.4.2 EPOCA BIZANTINA.

A partir de la caída del Imperio Romano de Occidente, cuando los pueblos germanos lo dominaron, en el siglo V y año de 476, como consecuencia de las invasiones de los bárbaros, el mundo romano se ve afectado en su vida comercial, la cual queda prácticamente anulada, pues el comercio se ve reducido tan sólo a transacciones entre personas de un mismo centro urbano o de una población rural, con el fin de satisfacer sus propias necesidades.

Estas condiciones se mantuvieron hasta el siglo XI, cuando la actividad comercial resurge y las poblaciones comienzan nuevamente a realizar intercambios comerciales más allá de sus confines; surgen así, grandes centros industriales y comerciales, tales como Génova, Venecia y Florencia en Italia; Bruselas, Brujas y Amberes en Bélgica; Amsterdam en Holanda; Marsella y Lyon en Francia y, Barcelona, Sevilla, Burgos y Bilbao en España.

Al florecer el comercio trajo como consecuencia que las normas que lo regulaban se desarrollaran, dando lugar al surgimiento de un derecho mercantil propio de la época.

En las ciudades anteriormente mencionadas, surgieron las corporaciones de comerciantes, las cuales contaban con un gran poder político y económico. Se crean también los tribunales, los cuales en un principio resolvían las controversias de los comerciantes inscritos en la "matricula mercatorum", pero con el tiempo también se ventilaban ante ellos los litigios de todos aquellos que efectuaba operaciones de comercio aún cuando no fuesen comerciantes.

Con el correr del tiempo, todas las resoluciones dictadas por las corporaciones a través de sus tribunales fueron compilándose y formando un cuerpo de leyes y reglamentos a lo que se les dio el nombre de estatutos.

La característica principal del comercio en la Edad Media fue su internacionalidad, su frecuencia dio como resultado que surgiera un derecho especial para regularlas habitual para todos los pueblos europeos de Occidente, el "jus mercatorum" o derecho de los comerciantes, con gran aceptación.

En esta época, tres sucesos históricos contribuyeron en el desarrollo del comercio y, por tanto, en los contratos y el Derecho Mercantil:

1. - Las Cruzadas.
2. - Las Ferias.
3. - La Iglesia.

Las principales compilaciones o estatutos se formaron dentro de la actividad comercial marítima y de ellas tres son las más importantes por su trascendencia:

a) El Consulado de Mar, reglas que eran aplicadas en los pueblos mediterráneos por los cónsules de las corporaciones. Se dice que su origen fue en Barcelona, toda vez que las ordenanzas de 1435, 1458 y 1484 se materializaron en él.

b) Los Juicios o Roles de Olerón, surgidos en el siglo XVI. Consistían en la compilación de las sentencias dictadas por los tribunales de la isla de Olerón, en los litigios ventilados por el comercio marítimo en el Océano, en particular entre Francia e Inglaterra.

c) Las reglas de Wisby, isla situada en el Mar Báltico, su aplicación sólo se limitó a esa región, así como en el Mar del Norte.

Estas compilaciones, las cuales se convirtieron en unas verdaderas normas jurídicas que regulaban las operaciones mercantiles, principalmente las marítimas, se aplicaron y aceptaron como obligatorias a pesar de no haberse en un principio sancionado por el poder público.

El derecho, a pesar de constar por escrito, pues las sentencias así quedaron plasmadas, era consuetudinario.

El descubrimiento de América provocó un cambio esencial en el comercio, ya que se desplazó del Mediterráneo al Océano. El liderazgo comercial de los países como Italia, pasa a poder de las naciones occidentales tales como España, Francia, Inglaterra y Portugal, quienes se encuentran en mejor posición geográfica para comerciar con las tierras recién descubiertas. Unos años atrás, en 1438, el paso hacia las Indias Orientales, por el Cabo de Buena Esperanza, influye también para ese desplazamiento y aún más, la caída del Imperio Romano de Oriente,

cuando los turcos conquistan a Constantinopla, lo que acarreó como consecuencia una anulación del comercio de Italia con el Oriente y en particular Venecia.

En esta época, el derecho mercantil practicado en las ferias pierde la cualidad de ser internacional, por lo que pasa a ser de carácter nacionalista. La unidad que se observaba entre los pueblos cristianos desaparece; cada uno de los estados se constituirá con sus propios caracteres nacionales.

Las corporaciones, aunque conservan su organización ancestral, a partir de la parte baja del siglo XV, decrecen o se ven suprimidas, en razón de que los gobiernos empiezan a intervenir, imponiendo diversas normas para regular su actividad.

Por lo que toca a las ferias, se siguen celebrando de manera internacional, aun durante los siglos XVII y XVIII pero, se da un cambio en su carácter original, ya que no se da el intercambio de mercancías como en la edad media, sino que en ellas sólo se ajustan las cuentas entre los banqueros, lo que actualmente se conoce como compensación.

Las corporaciones pierden la importancia que tuvieron al reglamentar el comercio a través de los estatutos, los cuales eran la guía de sus miembros. El derecho estatutario se ve sustituido por el derecho codificado basado en las ordenanzas reales, así el derecho comercial deja de tener su sustento en la autonomía de las corporaciones, sino que son las autoridades quienes dicten las normas como derecho general nacional. Italia fue el país en donde se inicia la ciencia del Derecho Mercantil, sin embargo, por su importancia, merecen especial mención las Ordenanzas expedidas en Francia por el ministro de Luis XVI, Juan Bautista Colbert, quien en 1673 trató de unificar el Derecho Mercantil y recurre a un comerciante llamado Savary para que redacte una ordenanza reguladora del comercio terrestre; de ahí su nombre "Code Savary".

Poco después, en 1681, el mismo Colbert desarrolla, tomando como base una obra privada de autor anónimo llamada "Le Guidón de la Mer", la "Ordenanza de la Marina", la cual tuvo gran aceptación que se impuso en el comercio marítimo en gran parte de Europa Occidental.

Después de la Revolución Francesa de 1789, bajo la idea de que debería ser la ley escrita la que tutelara las relaciones de los ciudadanos, al crearse la comisión para redactar el Código Civil, se decidió también que otra comisión preparara el Código de Comercio. La obra que surgió en 1800, el Código de Comercio francés, denominado también de Napoleón, siguió y en partes reproduce las ya mencionadas Ordenanzas de Colbert.

1.4.3 EPOCA MODERNA.

El Código Francés no se apoya más en el elemento subjetivo, es decir, en las corporaciones formadas por los comerciantes para reglamentar su actividad como tales, sino que enuncia los actos de comercio, independientemente de quien los ejecute.

La importancia del Código de Comercio francés, estriba en que influyó de tal manera en otras legislaciones, entre ellas la española y la italiana, cuyas normas a su vez, influyeron directamente en nuestro país.

España, como ya se dijo, influyó en gran manera en nuestra legislación.

Una de las obras más importantes de ese país fue el "Consulado del Mar", que fue una colección medieval de los usos marítimos, que tuvo vigencia durante varios siglos en todos los puertos del mediterráneo, rebasando las fronteras españolas.

Durante la Edad Media, España creó diversas disposiciones normativas del comercio. Comprendían preceptos relativos al comercio del Fuero Juzgo, que se remonta al siglo VII y adquiere fuerza legal hasta el siglo XIII, en el año de 1241, al parecer bajo el nombre de Fuero Real. Las normas contenidas en éste último se ven imitadas en "Las Siete Partidas", obra del rey Alfonso el Sabio, en el año de 1256, de esta recopilación, la quinta partida es la que se refiere a la materia mercantil, en la que se incluyen los préstamos, las compras, los cambios, entre otros.

En el siglo XV, durante el reinado de los Reyes Católicos, se expiden disposiciones para regular el comercio tales como la de 1494 para los mercados, en 1499 para el cambio y en 1498 y 1500 para el tráfico marítimo. Más adelante, en los años de 1522 y 1549, los corredores mercantiles y los libros de comercio, son tutelados, en forma respectiva.

Al seguir la tarea legislativa, en el año de 1538 surgen las nuevas Ordenanzas de Burgos, las de Sevilla en 1554 y las de Bilbao, las primeras en 1560 y las más recientes en 1737.

A partir de 1810, se inician los trabajos para preparar un Código de Comercio que tuviera aplicación en toda España pero, fue hasta el año de 1829 que se logró tener un proyecto del mismo. El Código Español de 1829 estuvo vigente hasta 1885, año en el que se promulgó un nuevo Código de Comercio. Es indudable que ambas codificaciones tuvieron influencia en la redacción de los Códigos de Comercio mexicanos.

En ese orden de ideas, por lo que toca a México, algunas disposiciones que rigieron en España, también tuvieron vigencia en nuestro País.

Antes de que las Ordenanzas de Bilbao se aplicaran en la Nueva España la situación era hasta cierto punto caótico, debido al incremento que había alcanzado el comercio, al gran número de importantes litigios suscitados en la esfera mercantil y a los perjuicios y gastos ocasionados por éstos, en virtud de tener que ventilarse por el derecho común y por los tribunales ordinarios, por lo que a finales del siglo XVI el Cabildo, Justicia y Regimiento de la Ciudad de México pidió a la Corona Española que creara un consulado como los de Burgos y de Sevilla. En consecuencia, el rey Felipe II acordó de conformidad mediante cédula de 15 de junio de 1592, con cierta oposición de los Escribanos de Cámara y Relatores, la cual no prosperó, ya que el virrey, el Presidente y Oidores de la Real Audiencia de la Ciudad de México de la Nueva España, la mandaron cumplir.

En tanto el Consulado contaba con sus propias ordenanzas, se aplicaron las de Burgos y de Sevilla. Las ordenanzas se crearon en el mismo consulado y se enviaron a España para que fueran sancionadas, lo que ocurrió el 24 de julio de 1604, en donde Felipe III aprobó las "Ordenanzas del Consulado de México, Universidad de Mercaderes de Nueva España".

Las atribuciones del Consulado de México eran de carácter legislativo, judicial, administrativo y militar. Las funciones legislativas consistían en crear y someter las leyes mercantiles a la aprobación del rey.

En el ámbito administrativo, el Consulado protegía y fomentaba el comercio, lo que estaba muy ligado con sus funciones de carácter judicial, al resolver los litigios del mismo derivados. Un ejemplo del fomento al comercio fue el camino carretero de México a Veracruz.

La función financiera consistía en la recaudación de un impuesto o derecho aduanal llamado "avería".

Las funciones militares fueron desempeñadas por un cuerpo de mercaderes llamado "Regimiento Urbano de Comercio", en donde el Consulado intervenía para proponer las vacantes de jefes y oficiales.

El Consulado de México funcionó durante dos siglos hasta que, en el año de 1795, mediante Cédula de 17 de enero se creó el Consulado de Veracruz y el 6 de junio, el Consulado de Guadalajara. Más tarde se creó el Consulado de Puebla, que tuvo sólo la autorización del Virrey, más no la del Monarca. Antes de todos estos sucesos, el Consulado de México tuvo jurisdicción en la Nueva España, Nueva Galicia, Guatemala, Soconusco y Yucatán.

Otra disposición de carácter mercantil importante fue la Recopilación de Indias o Leyes de Indias, promulgada por Carlos II en 1681, la cual en su Libro IX regula el comercio que se daba entre las colonias de América y España, en donde se manda aplicar con carácter supletorio a dicha recopilación las Ordenanzas de Burgos y de Sevilla, sin embargo, se dice que las Ordenanzas de Bilbao fueron tan completas y perfectas que fueron preferidas a las que dicha recopilación había ordenado acatar.

Después de que México adquirió su independencia, las Ordenanzas de Bilbao se siguieron aplicando, aunque con ciertas reformas. Cuando se promulga la Constitución de 1824, se suprimen los consulados por ser tribunales especiales. En el año de 1841 se restablecieron los antiguos consulados pero se les denominó "Tribunales Mercantiles"; así también en la misma ley se declaró que continuaban vigentes las Ordenanzas de Bilbao.

Después de la expedición del Código Español de 1829, en México se siguió por el mismo camino, con lo que se hace un proyecto y se copia el mismo y al francés de 1808, con algunas modificaciones, pero hasta ahí quedó.

No es sino hasta 1854, cuando Teodosio Lares crea el primer Código de Comercio Mexicano, el cual tuvo solo un año de vigencia debido al triunfo de la Revolución de Ayutla, con el consiguiente desplazamiento de Santa Ana, motivo por el cual se vuelven a aplicar las Ordenanzas de Bilbao.

En el año de 1867, con la restauración de la República, se tuvo la idea de crear un Código de Comercio que se pudiera aplicar en todo el territorio, por lo que se reforma la Constitución de 1857, en su artículo 72, con lo que el Congreso queda facultado para expedir códigos en materia de comercio y de minería. Dicha reforma se hizo hasta 1883, por lo que al año siguiente se promulga un segundo Código de Comercio, el cual deroga todas las disposiciones mercantiles, incluyendo a las Ordenanzas de Bilbao.

Por último, tenemos al Código que nos rige hasta la actualidad, expedido en el año de 1889, vigente a partir del 1º de enero de 1890; de éste último han sido derogadas varias de sus disposiciones en virtud de la creación de diversas leyes dictadas para regular más eficazmente las materias mercantiles en él tratadas.

1.5 CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS.

En nuestro Derecho, múltiples han sido las pautas para clasificar los contratos, tanto en el ámbito de la rama civil, como mercantil. Entre los catálogos existentes está, por supuesto el realizado por los propios ordenamientos legales, el realizado por los estudiosos del Derecho incluso para impartir la asignatura de contratos en las Universidades.

1.5.1 CLASIFICACIÓN LEGAL.

El Código Civil para el Distrito Federal ha dividido los contratos, apreciándolo desde un punto de vista jurídico riguroso en unilaterales, que se da cuando uno solo de los contratantes se obliga hacia el otro, sin que éste quede obligado hacia el primero, según se aprecia en el artículo 1835 y, por otro lado, los bilaterales, descritos en el artículo siguiente y que surgen cuando los contratantes se obligan correlativamente.

Otra clasificación utilizada por nuestro Código en un sentido eminentemente económico es la que se da en el artículo 1837, en donde bifurca al contrato en oneroso, que es aquel en donde se pactan beneficios y cargas recíprocos y, por otro lado, gratuito, que es aquel en que el beneficio es sólo para una de las partes.

A su vez, en el siguiente artículo, el contrato oneroso es seccionado en conmutativo y en aleatorio, por lo que será conmutativo cuando las prestaciones acordadas por los contratantes tienen el carácter de manifiestas desde el momento mismo en que se celebra el contrato, por lo que éstos pueden valorar en el acto el beneficio o el menoscabo causado, por otro lado, será aleatorio cuando la prestación pactada se sujete a un suceso fortuito que hace que no se pueda cuantificar el beneficio o la pérdida, sino hasta el momento en que se realice dicho suceso. Pero, para hacer más precisa esta última definición legal es necesario, toda vez que la incertidumbre sobre el beneficio o la pérdida no basta, ya que incluso cabrían dentro de esta clasificación el contrato de sociedad y el de aparcería, agregar la alteridad y oposición de las prestaciones, "de manera que esa incertidumbre se refiere también a que lo que para una de las partes es ganancia, para la otra parte es una pérdida de la misma proporción y medida que aquella ganancia, tal como aparece en los diversos contratos aleatorios reglamentados expresamente por el legislador (2774 a 2793)"²⁵

²⁵ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. Op. Cit., Pág. 77.

1.5.2 CLASIFICACIONES DOCTRINALES.

a) Contratos nominados en oposición a los innominados o atípicos, en donde los primeros son aquellos expresamente regulados por la legislación, ya sea civil o mercantil y, los segundos de los nombrados son aquellos que no tienen una estructura especial dentro de la codificación y, por ende, se rigen, de acuerdo con el artículo 1858 del Código Civil, por las reglas generales de los contratos, por las condiciones estipuladas por las partes y en lo que fueren omisas, por los preceptos del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados por el propio Código Civil.

b) Contratos consensuales en oposición a los contratos formales, en donde los primeros son aquellos que no precisan de formalidades determinadas para su validez, según lo estipula el artículo 1832 del citado Código Civil y, por otro lado, los contratos formales son aquellos a los que la ley requiere que revistan una forma concreta para su validez, según estipulan los artículos 1833 y 1795 fracción IV del mismo Código. Es importante recalcar lo que se ha dicho líneas arriba sobre la diferenciación hecha entre forma y formalismo.

c) Contratos reales en oposición a los contratos consensuales, los reales son los que se perfeccionan con la entrega de la cosa, de los cuales el único al que se le puede dar tal connotación es al contrato de prenda, regulado en el artículo 2858 del Código Civil, puesto que los que se habían catalogado como tal - el mutuo, el depósito y el comodato - desde el Derecho Romano, han perdido tal carácter. Por el contrario, los contratos consensuales son los que no necesitan de la transmisión de la cosa para su perfeccionamiento, aunque tal transmisión pueda ser objeto de una obligación derivada del contrato llevado a cabo.

d) Contratos civiles en contraposición a los contratos mercantiles, por lo que los primeros están regulados en el Código Civil y, los segundos son aquellos actos que se encuentran previstos en el artículo 75 del Código de Comercio. Dicha clasificación es significativa porque sirve, amén de los efectos procesales, para distinguir la forma de perfeccionamiento entre ausentes que, en los contratos mercantiles se da conforme a la teoría de la expedición prevista en el artículo 80 del Código de Comercio, mientras que los contratos civiles se perfeccionan de acuerdo a la teoría de la recepción prevista en el artículo 1807 del Código Civil.

Otra importante diferencia que existe entre estos contratos es que en los mercantiles no se da la lesión, según se puede ver en el artículo 385 del Código de Comercio, que a diferencia de los contratos civiles si se da, como se desprende de los artículos 17 y 2228 del Código Civil.

Por último, existen los contratos fundamentalmente civiles, es decir su naturaleza es totalmente civil y se rige de manera absoluta por el Código Civil, a diferencia de los contratos que son totalmente mercantiles o mixtos, como por ejemplo el contrato de obra a precio alzado previsto en la fracción VI del artículo 75 del Código de Comercio.

1.5.3 OTRAS.

a) Existen diversas categorías realizadas por autores españoles, con el fin de utilizarlas en la enseñanza del Derecho, por lo que dividen a los contratos en ocho géneros:

I.- Contratos traslativos de dominio: En donde cabe la compraventa, la permuta, la donación y el mutuo.

II.- Contratos traslativos de uso y disfrute: Grupo formado por el arrendamiento y el comodato.

III.- Contratos de prestación de servicios o de gestión: A este conjunto pertenecen la prestación de servicios profesionales, el contrato de obra a precio alzado, el de transporte y el de mandato.

IV.- Contratos asociativos o de gestión colectiva: Integrado por el contrato de asociación civil, sociedad civil y aparcería.

V.- Contratos de custodia: Grupo formado por el contrato de depósito, que comprende al secuestro, así como el hospedaje en cierta forma.

VI.- Aleatorios o de suerte: que son los de juego y apuesta, renta vitalicia, compra de esperanza y decisión por suerte.

VII.- De garantía: La fianza, la prenda, la hipoteca y la promesa.

VIII.- De afirmación y esclarecimiento de derechos: La transacción y el compromiso arbitral.

b) Diversa clasificación a la realizada por nuestros legisladores y para fines didácticos existe la siguiente:

I.- Contratos obligatorios, que son los que generan obligaciones, verbigracia, el contrato de arrendamiento, en contraposición a los contratos con efectos reales, que son los que transmiten la propiedad o constituyen derechos reales, sin perjuicio de dar origen también a obligaciones, como el contrato de compraventa.

II.- Contratos de ejecución inmediata, en el que cabe la compraventa de contado, en oposición a los contratos de ejecución diferida, como el contrato de obra a precio alzado.

III.- Contratos de ejecución instantánea, donde se encuentra la compraventa de contado, a diferencia de los contratos de duración o contratos duraderos, los cuales a su vez se bifurcan en:

A.) Contratos de ejecución continuada, como el arrendamiento y,

B.) Contratos de ejecución periódica o de tracto sucesivo, como el contrato de suministro.

IV.- Contratos de adhesión en contrapartida a los contratos de igual a igual, la cual los divide desde el punto de vista de que las partes hayan negociado las estipulaciones que se plasmarán en el contrato, lo que se da en éstos y, a diferencia de los primeros, en donde una de las partes elabora unilateralmente el contrato y la otra simplemente se incorpora o une sin intervenir en ningún momento en la confección de las cláusulas del contrato de que se trate. La utilidad de esta clasificación reside en el momento de que surja un conflicto entre las partes, tendrá que interpretarse alguna cláusula confusa, la cual se inferirá e integrará en un alcance opuesto al creador de dicha cláusula e inclinado por la parte que se adhirió y que simplemente se le impusieron tales cláusulas. Es común que en los contratos de adhesión intervenga el Estado con el fin de regular éstos y evitar la redacción de cláusulas excesivas con las cuales se pretenda abusar de la parte débil que simplemente firma el contrato.

V.- También se asegura que existen los contratos liquidativos, en donde aparecen el de división de cosa común y el de transacción, en donde su esencia es declarativa y no constitutiva.

c) Clemente de Diego propone la siguiente división de los contratos en tres grupos:

I.- Contratos preparatorios, que son los que buscan establecer una situación jurídica previa que es útil para celebrar otros contratos que se celebraran a la postre, entre los que encontramos a la promesa.

II.- Contratos principales, que son aquellos que nacen sin necesidad de que exista otro contrato de por medio y tienen un fin propio autónomo de los demás, los cuales los divide a su vez en consensuales, conmutativos o bien reales.

III.- Contratos accesorios, que son aquellos que sólo pueden surgir por que ya haya nacido previamente otro contrato, los que a su vez se dividen en consensuales como la fianza y, por otro lado los reales como la prenda.

CAPITULO II.

DE LOS CONTRATOS ATÍPICOS MERCANTILES.

2.1 CONTRATOS ATÍPICOS PUROS O EN SENTIDO ESTRICTO.

2.1.1 CONCEPTO DE CONTRATO ATÍPICO.

Dentro de los postulados que rigen a los contratos se encuentra, entre otros, el de la "Libertad Contractual", éste surgió durante el auge de las ideas liberalistas e individualistas del siglo XIX, en donde la voluntad humana era el principio rector de la vida económica y jurídica de la sociedad, es decir, regía el principio de la "autonomía de la vida" o de la "autonomía privada", que consiste en palabras de Manuel Borja Martínez en que "salvo muy raras excepciones todas las obligaciones contractuales nacían de la soberana voluntad de dos partes libres iguales y,... que eran justas todas esas obligaciones creadas por la voluntad"²⁶

La "Libertad contractual" se ha plasmado en el artículo 1858 del Código Civil, que establece que los Contratos que no tengan una especial reglamentación en dicho Código, serán regidos primero por las reglas generales de los contratos, después por las estipulaciones de los contratantes y, por último, en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan mas analogía de los reglamentados en dicho ordenamiento".

²⁶ "El Contrato Atípico, su Concepto, Clasificación y Disciplina". El Foro, 5ª Epoca, Nº 19, julio - septiembre, 1970, México, Pág. 42.

“En contraste con lo que sucede con otras fuentes de las obligaciones, la noción de contrato permanece como un medio general de obligarse; así, quienes desean por mutuo acuerdo producir a su cargo derechos y obligaciones, no tienen que ceñirse a los modelos de aquellos tipos especiales que las leyes regulan, sino que pueden libremente pactar y estructurar el contenido de sus convenciones”²⁷

De aquí, es lógico deducir que esto sucede porque los esquemas legales solo establecen los principios generales, sin que lleguen a particularizar en detalle todos y cada uno de los intereses de los contratantes.

Ahora bien, este principio de la “Libertad Contractual” tiene una limitación, puesto que es una libertad normativa regulada, es decir, la facultad de los particulares para crear nuevos tipos contractuales no puede ir en contra de las disposiciones legales de orden público, leyes imperativas jus cogens, e incluso los principios generales de Derecho, que ya están generalmente aceptados y que son los pilares del sistema jurídico en sí.

De esta forma, se encuentra establecido en el Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo sexto: “La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros”, del mismo se deduce que no se deben transgredir los principios de equidad, las buenas costumbres y la buena fe.

Pues bien, sentadas ya la base del origen de los contratos atípicos, procedamos ahora a conceptualizarlos.

²⁷ Idem.

Entre los tratadistas de los contratos, la figura de los atípicos ha sido designada de diversas formas, hay quienes distinguen entre los contratos nominados y los contratos innominados, otros lo hacen entre contratos típicos y contratos atípicos, y algunos más llaman a los innominados o atípicos contratos "sui generis". Al decir de Juan Bautista Jordano²⁸, la connotación "sui generis" dista mucho de ser un concepto científico, además de que carece de "expresividad", por tal motivo, ésta no tuvo aceptación entre los juristas. Ahora bien existe cierta discusión acerca del término que debe prevalecer, ya sea innominado o atípico, además de que otros autores consideran como sinónimos a los dos vocablos diciendo que no existe mayor problema en usar indistintamente las dos acepciones; pero "la cuestión terminológica no es indiferente, porque envuelve una cuestión de fondo".²⁹

Así, Joaquín Garrigues,³⁰ distingue entre contratos innominados y contratos atípicos diciendo que "frente a ellos (contratos típicos) las necesidades del tráfico en masa van creando nuevas figuras en los formularios, en las condiciones generales y en las sentencias judiciales, contratos para los cuales la ley carece de una especial disciplina," prefiriendo esta última connotación pues "ocurre a veces que la ley menciona ciertos contratos, pero no los regula. Se trata, pues, de contratos no innominados, pero sí atípicos", como ejemplo de estos tenemos a las arras, la anticresis, la enfiteusis que, aun cuando tienen un nombre, no están reguladas por nuestras leyes vigentes. Ahora bien puede darse el caso contrario, es decir el de los contratos regulados, pero que no reciben un "nomen iuris", tal es el caso del contrato previsto en el artículo 2538 del Código Civil que dice "las fondas, cafés, casas de baño y otros establecimientos semejantes, no responden

²⁸ Cfr. "Los Contratos Atípicos", en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", Instituto Editorial Reus, Madrid, 1953, Año CI, Segunda Epoca, número 7-8, tomo XXVII (195 de la colección), Pág. 59.

²⁹ Idem.

³⁰ GARRIGES Joaquín, "Tratado de Derecho Mercantil", Tomo III, volumen 1º, Obligaciones y Contratos Mercantiles, Revista de Derecho Mercantil, Madrid, 1963, Pág. 99.

de los efectos que introduzcan los parroquianos, a menos que los pongan bajo el cuidado de los empleados del establecimiento”.

Otros ilustres autores como Jorge Barrera Graff,³¹ opinan que puede haber tanto contratos innominados como atípicos, y que entre estos puede darse una serie de combinaciones, a saber: “Al lado de los típicos y atípicos, la doctrina alude a los contratos nominados e innominados... innominados, son los no reglamentados (atípicos); pero, también, aquellos que sí estuviesen regulados, pero a los que el ordenamiento no da un nombre (típicos innominados), como sería el caso del contrato de capitalización... a los que se refieren vagamente ciertas leyes mercantiles... También se da el caso de contratos nominados y atípicos, por no estar reglamentados, como es el caso del descuento bancario... ”.

El jurista Ramón Sánchez Meda³², no distingue entre contratos innominados y atípicos señalando que son contratos innominados o atípicos, aquellos que no están especialmente reglamentados en el Código civil, sino que se rigen por las reglas establecidas en el artículo 1858 de dicho ordenamiento.

El maestro Miguel Angel Zamora y Valencia,³³ prefiere usar la acepción de contrato innominado conceptuándolo como “aquel que la ley no reglamenta o regula en relación con las obligaciones principales que se generan como efecto de una celebración, aunque tengan un nombre o estén tipificados”. En su razonamiento dicho autor también afirma que puede haber contratos con un nombre y que sin embargo esto no le da el carácter de contrato nominado remitiéndose al artículo octavo transitorio del Código Civil, en el que los contratos de censo y de anticresis, a pesar de tener un nombre no tienen reglamentación alguna; otro de los casos que se pueden dar en que un contrato este conceptuado

³¹ “Las Sociedades en Derecho Mexicano”. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1983.

³² De los Contratos Civiles, Edit. Porrúa, S. A., 3ª Edición, México, 1976, Pág. 77.

³³ “Contratos Civiles”. Edit. Porrúa, S. A., 1ª Edición, México, 1981, Pág. 55.

por la doctrina, pero si la ley no lo regula, será del mismo modo un contrato innominado. Y por último, puede darse la hipótesis de que la ley conceptúe a un contrato pero, por la gran variedad de prestaciones de los que intervienen en dicho contrato, no sería posible reglamentar todas y cada una de sus consecuencias, de tal modo pues, que ese contrato tendrá un nombre y estará tipificado por estar contemplado dentro de un "tipo legal" pero deberá considerarse como innominado toda vez que, la ley no lo regula totalmente; dicho autor considera como un ejemplo de este caso al contrario de hospedaje, puesto que la ley lo nombra y lo tipifica, pero al tener una variedad de prestaciones tales como la obligación de transmitir la propiedad de bienes determinados, o bien transmitir el uso o goce de ciertos bienes, o también la prestación de todo tipo de servicios entre otros, no es posible reglamentarlo.

Para Manuel Bejarano Sánchez³⁴, los contratos innominados son los "... no instituidos en la ley, son los que las partes diseñan originalmente para satisfacer sus intereses y necesidades particulares", además, este autor comenta que los alemanes llaman a este tipo de contratos como contratos atípicos.

Manuel Borja Martínez³⁵, argumenta que "podemos sin reserva emplear los términos contrato innominado, contrato atípico y contrato no regular, como expresiones jurídicamente sinónimas". Pero, al decir de este autor los términos contrato atípico y contrato no regulado no son sinónimos, puesto que un contrato puede estar perfectamente fijado en sus elementos, determinado en sus conceptos, pero que no se encuentre establecido su régimen jurídico, y que entonces podría decirse que sería un contrato típico pero no regulado.

Al parecer Borja Martínez se contradice puesto que, finalmente concluye, como ya dijimos anteriormente, que no tiene trascendencia puesto que los autores al definir

³⁴ "Obligaciones Civiles", Editorial Harla, 2ª Edición, México, 1983, Pág. 44.

³⁵ "El Contrato Atípico, su concepto, clasificación y disciplina". El Foro, 5ª Epoca, N° 19, julio - septiembre, México, 1970, pág. 46.

a esta figura jurídica, precisan claramente su concepto como no regulado y por lo tanto queda establecida claramente su connotación jurídica.

Los más recientes autores opinan que la doctrina jurídica actual censura los términos contratos nominados y contratos innominados, porque resultan poco apropiados. Así, Spota,³⁶ afirma que "esta denominación empleada por el Código Civil no es correcta, pues la moderna doctrina ya no habla de contratos nominados e innominados, sino típicos y atípicos".

"Contratos típicos son aquellos que tienen su regulación en la ley, que los precisa y les otorga una disciplina en cuanto a su contenido, sus efectos e incluso, sus requisitos formales. Contratos atípicos son aquellos no regulados por la ley, surgidos a la vida jurídica en razón de la libertad de contratación, inherente -junto con la libertad para contratar- a la autonomía de la voluntad (art.1197 en Argentina). No han merecido aún recepción mediante una disciplina legal particular"³⁷

Así, lo principal es que el contrato tenga una regulación jurídica propia y no tanto que se le otorgue una denominación, por lo que es importante recalcar que los contratos innominados no tienen un nomen iuris por que no tienen una disciplina particular que los regule y esto, es lo fundamental del concepto de dichos contratos además de que también es posible que existan contratos sin nomen iuris y que, sin embargo tengan una disciplina que los regulen (innominados atípicos).

Por su parte, Raúl Aníbal Etcheverry, dice que: "El art. 1143 del Código Civil (Argentina) llama contratos innominados a los que la ley no designa bajo una denominación especial... Disentimos con Gastaldi, en su identificación entre

³⁶ Instituciones. Contratos, Vol. I, Pág. 198. Citado por Farina Juan M. "Contratos Comerciales Modernos, Modalidades de Contratación Empresaria", 1º reimp., Edit. Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma, Bs. As. Arg., 1994, Pág. 281.

³⁷ Farina Juan M. Op. Cit., Pág. 281.

contratos innominados y atípicos, pues si bien ella puede ser más aceptable para el sistema civil, no lo es de ninguna manera en el dinámico derecho comercial... De lo dicho es necesario aceptar una triple posibilidad de tratamiento legal: a) contratos tipificados con estructuras completas dispuestas por la ley; b) contratos tipificados por la costumbre, generalmente con marco de referencia en regulaciones legales extranjeras; c) contratos creados por voluntad de las partes totalmente nuevos, que con el correr del tiempo y su uso repetido pueden llegar a ser típicos y hasta nominados...".³⁸

A partir de esto, podemos concluir que no basta que un contrato esté nombrado en la ley y que no tenerlo no basta para identificar si nos encontramos ante un fenómeno como el que nos ocupa; por lo tanto y coincidimos con Juan Bautista Jordano Barea en que "es mejor abandonar la vieja terminología de contrato nominado e innominado y hablar de contrato típico y atípico, pues lo decisivo es tener o no una disciplina particular".³⁹

Después de estudiar las opiniones de diferentes juristas, creo de sumo interés examinar lo que ha dicho al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por lo que me permito transcribir algunas tesis referentes a este tipo de contratos:⁴⁰

"Instancia: Tercera Sala

Epoca: Quinta Epoca.

Localización:

Instancia: Tercera Sala.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

Parte: XXVII.

³⁸ "Derecho Comercial y Económico. Obligaciones y Contratos Comerciales", Parte Gral. Edit.

Astrea, Bs. As. Argentina., 1988, Págs. 114 y 115.

³⁹ "Los Contratos Atípicos". "Revista General de Legislación y Jurisprudencia". Año CI, 2ª Epoca, Nº 7 - 8, Editorial Reus, Madrid España, 1953, Pág. 61.

⁴⁰ Consultadas a través de "Internet", en la Página de nuestro Máximo Tribunal:
<http://www.scjn.gob.mx>.

Tesis:

Página: 500

Rubro:

CONTRATOS INNOMINADOS.

Texto

"Si bien es cierto que cuando no existe ley exactamente aplicable al caso, debe absolverse la cuestión de acuerdo con los principios generales del derecho, y que el principio de analogía es uno de los fundamentales, también lo es que las disposiciones excepcionales no pueden extenderse a casos no comprendidos en ellas de modo expreso. Fundamentalmente, en nuestra legislación, los contratos son consensuales y no necesitan formalidades para su existencia, sino en los casos en que la ley lo previene expresamente, y a las disposiciones excepcionales no debe dárseles una amplitud tal, que se comprenda en ellas a los casos a que no se refieran; así, suponiendo que el contrato innominado, que ha dado en llamarse contrato de piso, tuviera una grande analogía con el contrato de arrendamiento, no hay razón para exigir que aquel contrato tuviera los mismos requisitos de formalidad que el último de los enunciados, pues como se ha dicho ya, las disposiciones de carácter excepcional no pueden aplicarse, sino en los casos expresamente señalados. (El subrayado es mío)

Precedentes

Tomo XXVII. Frías José. Pág. 500 Sep 18-29".

"Instancia: Tercera Sala

Epoca: Quinta Epoca.

Localización:

Instancia: Tercera Sala.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

Parte: CXXIX.

Tesis:

Página: 994

Rubro:

ARRENDAMIENTO, EXISTENCIA DEL (CONTRATOS INNOMINADOS).

Texto

"Si de los términos de una carta convenio aparece que una de las partes podría instalar unas vitrinas en la entrada o vestíbulo de un establecimiento, y por el goce y uso de la superficie requerida por esa instalación pagaría mensualmente una cantidad determinada, así como que la duración del contrato sería de seis meses, se satisfacen los extremos del artículo 2398 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales y debe calificarse la convención mencionado (así) como un verdadero arrendamiento, sin que pueda decirse que se está en el caso de un contrato innominado, ya que esta posibilidad existe para aquellas obligaciones que no están reglamentadas especialmente y que están de tal modo estipuladas que pos (así) su complejidad no es posible catalogarlas dentro de algunas de las figuras contractuales establecidas en el mencionado Código. (También el subrayado es mío).

Precedentes

Tomo CXXIX. Pág. 994. "Cine Prado", S.A. 16 de junio de 1955. 4 votos".

Es importante resaltar que la época en que surgieron estas tesis fue en la marcada como "Quinta", en donde al parecer en ese tiempo el término empleado para los contratos a estudio era "innominados".

Ahora bien, veamos una tesis jurisprudencial más reciente:

"Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Epoca: Séptima Epoca.

Localización:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

Parte: 181-186 Sexta Parte.

Tesis:

Página: 137

Rubro:

PATENTES. IMPUESTOS SOBRE INGRESOS MERCANTILES RELATIVO A REGALIAS. CONTRATO ATÍPICO DE CESIÓN DE DERECHOS CON CARÁCTER TEMPORAL Y A TÍTULO ONEROSO. TALES CONTRATOS NO SON DE ARRENDAMIENTO.

Texto

"La interesada no se encuentra obligada a cubrir el impuesto sobre ingresos mercantiles relativo a las regalías, en virtud de los contratos innominados celebrados con las empresas extranjeras, pues esos contratos atípicos de cesión de derechos con carácter temporal y a título oneroso no son de arrendamiento. En efecto, la lectura del contenido de los artículos 2398 a 2496 del Código Civil para el Distrito Federal, y para toda la república en materia federal, que regulan el arrendamiento, permiten ver que éste lo instituye tal ordenamiento en relación solamente con bienes corpóreos muebles o inmuebles; y no con respecto a la licencia para la explotación de patentes, toda vez que éstas son bienes incorpóreos, no susceptibles de entrega por la concedente de la licencia, así como de retorno por los licenciarios; entrega y retorno que en el arrendamiento forman parte fundamental de las correspondientes obligaciones de los contratantes. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. (De nueva cuenta, el subrayado es mío).

Precedentes

Amparo directo 626/81. Fabricación de Máquinas, S. A. 19 de junio de 1984.

Unanimidad de votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel".

Como se ve en esta última tesis, parece que los términos "innominado" y "atípico" son tomados como sinónimos, por lo que la diferencia de opiniones sobre que acepción debe prevalecer también se presenta en el Poder Judicial de nuestro País.

Finalmente, para dar un concepto del contrato atípico tomaremos en cuenta a Francisco Messineo que lo define del modo siguiente: "Es aquel para el cual la ley (Código o Leyes complementarias) no ha predispuesto una particular disciplina jurídica".⁴¹

⁴¹ Citado por Manuel Borja Martínez, Op. Cit., Pág. 46.

2.1.2 LOS LÍMITES DEL CONTRATO ATÍPICO.

Una vez que se ha definido al contrato atípico, es ahora necesario precisar sus alcances. Existen autores como Dualde y Fubini que, pretenden ampliar el ámbito de los contratos atípicos hasta un extremo exagerado; Ricardo Fubini opina que no son muchos los contratos que encuadren perfectamente en las hipótesis previstas por la ley, ya que de una u otra forma, casi todos los contratos se desvían de dicha hipótesis, concluyendo que el fenómeno de los contratos atípicos puede, en general extenderse a toda la materia contractual; es decir, los fines de facto que los contratantes persiguen, no se adecuan en forma perfecta a los contratos tipo que señala la ley.

Por otro lado, Joaquín Dualde, afirma categóricamente que, en realidad los límites existentes entre los contratos regulados no se exponen de una manera tajante, y que las partes se les presenta el problema de saber ubicar dentro de un determinado molde legal al contrato que deseen aplicar. Partiendo de esa premisa, Dualde habla de la existencia de una materia contractual única y de una fuente de los contratos que se originen a partir del desarrollo y de la modificación de algunos tipos contractuales de carácter primario. De tal afirmación, dicho tratadista concluye que la técnica jurídica de un cierto contrato no puede solo reducir a las normas que para dicho contrato establece la legislación, sino que es necesario aplicar de una u otra forma los requisitos de otros.

Ahora bien, quien más átinadamente parece dilucidar esta cuestión es Francisco Messineo; "puede darse el caso que, al lado de una prestación que caracteriza a un contrato nominado, se encuentra (al mismo tiempo) un elemento contractual que perteneciendo a otra figura contractual, también nominada, quede como

absorbido por el primero y por lo mismo no pueda ser elemento adicionado no ejercita ninguna influencia modificadora; el tipo queda fundamental sin cambio".⁴²

De tal manera, que este sería el límite estricto de la problemática de los contratos atípicos, al darse un respeto a la seguridad contractual y conferir un alcance a las fronteras trazadas por el legislador al sistematizar las diversas figuras contractuales.

2.2 NATURALEZA Y ESTRUCTURA DEL CONTRATO ATÍPICO.

Para penetrar en la esencia y la estructura de los contratos atípicos es necesario primeramente aludir a lo que constituye la razón fundamental de los mismos: la causa.

Podemos distinguir varios sentidos de la palabra causa: A) CAUSA FINAL: Es el propósito o fin abstracto que se proponen las partes al contratar. Es un elemento intrínseco al contrato y es idéntico en cada categoría de contratos; B) CAUSA IMPULSIVA: es el móvil o motivo determinante de la voluntad del individuo que lo lleva a contratar. Es un elemento extrínseco al contrato y es variable en cada contrato y en cada persona; C) CAUSA EFICIENTE: Es la fuente de las obligaciones, es decir, el contrato, el delito, el cuasicontrato, el cuasidelito, etc.⁴³

Es evidente que en este apartado nos referiremos a la causa como el fin que persigue cada contratante, reconocido como válido y digno de protección por el ordenamiento jurídico.

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

⁴² Idem., Pág. 47.

⁴³ Cfr. Material didáctico para el Diplomado en Derecho Notarial. Tomo IV, Obligaciones. Pág. 103.

Ahora bien, este concepto también es aplicable a los contratos atípicos, los cuales no por el hecho de tener esa naturaleza van a carecer de tener una causa jurídica determinada, esto podría pensarse en virtud de que la causa de los contratos típicos es fijada por la ley, en tanto que la causa en los contratos atípicos es fijada por los contratantes, los usos, la jurisprudencia o la doctrina que llegue a formarse sobre ella. Por tal motivo, se concluye que la causa es un elemento constante en todos los contratos sin importar que estén o no regulados por un ordenamiento y la única diferencia que existe entre el contrato típico y el contrato atípico es que "en el primero la causa recibe el reconocimiento directo de la ley (es la causa en, sentido objetivo formal); en el contrato atípico, en cambio, tal reconocimiento es indirecto, doblemente subordinado al respeto de los límites impuestos por la ley y a que el contrato esté dirigido a realizar intereses dignos de tutela...".⁴⁴ Tales limitaciones se encuentran consignadas en los artículos 1830 y 1831 del Código Civil.

De tal forma que, la causa en los contratos atípicos siempre está presente, entonces, es indudable que dichos contratos están dotados con una acción y pueden hacerse valer en juicio concluyéndose que gozan entonces de una causa de forma objetiva material, que no se encuentra determinada por la ley.

Todas estas ideas que parecieren perfectas para desentrañar la esencia de los contratos atípicos, en realidad hacen más complicado el problema por una sola razón: Como ya lo expuse en el capítulo I del presente trabajo, nuestro actual Código Civil está regido por la "Teoría Anticausalista", por lo que para adecuar las ideas anteriormente expresadas, es necesario no referirse a la causa, sino vincular la naturaleza contractual de los atípicos al fin o motivo determinante, insisto, ello con la finalidad de no entrar en franca incompatibilidad con nuestro Sistema Contractual.

⁴⁴ JORDANO BAREA, Juan Bautista. Op. Cit., Pág. 69.

2.4 DIFERENCIA ENTRE EL CONTRATO ATÍPICO Y OTRAS FIGURAS AFINES.

2.4.1 LA UNIÓN DE CONTRATOS.

También llamada contratos múltiples, es "la coexistencia de dos o más contratos diferentes".⁴⁵ Esta figura puede dividirse en tres clases, según la clasificación de Enneccerus:

2.4.1.1 UNIÓN MERAMENTE EXTERNA.

En donde los contratos están agrupados por el acto de la consumación, pero no llevan relación jurídica entre sí, por ejemplo, en un mismo documento se hace constar un mutuo y una promesa de venta de un inmueble.

2.4.1.2 UNIÓN RECÍPROCA, DE CODEPENDENCIA BILATERAL O UNILATERAL.

En donde existen varios contratos, pero la voluntad de las partes consistió en celebrarlos en forma íntegra, de tal manera que se da una unidad económica, los contratos dependen entre sí y si llegaren a separarse dejarían de existir, por lo que también se les llama contratos vinculados, por ejemplo se vende una maquinaria y también se concede el uso de una patente para explotarla, o los llamados viajes en paquete.

2.4.1.3 UNIÓN ALTERNATIVA.

Es aquella en la que los contratos están unidos de tal forma que, si se realiza un hecho específico o condición, quede sin efecto un contrato y permanezca el otro, y

⁴⁵ SANCHEZ MEDAL, Ramón, Op. Cit., Pág. 522.

sí no se realiza dicha condición suceda lo contrario, es decir sea eficaz uno de los contratos y el otro no; por ejemplo un extranjero contrata respecto de un inmueble, con la condición suspensiva de que la Secretaría de Gobernación y la Secretaría de Relaciones Exteriores le concedan el permiso correspondiente para adquirirlo, si es otorgado el permiso el contrato será de compraventa, si no es otorgado el contrato será de arrendamiento.

2.4.2 CLASIFICACIÓN DE RAMÓN LÓPEZ VILÁS.

Ahora bien, esta clasificación ha tenido ciertas críticas, entre otros por Ramón López Vilás, quien formula otra clasificación apoyándose en el tipo de vínculo jurídico que enlaza a los contratos múltiples, de la siguiente manera:

2.4.2.1 UNIÓN OBJETIVA O SUBJETIVA.

Que considera el origen de la vinculación. Esta puede depender de la naturaleza misma de los contratos llamada unión necesaria, entonces se da la unión objetiva; en cambio si la unión se origina por la voluntad de las partes, llamada unión voluntaria, entonces estamos en presencia de la unión subjetiva.

2.4.2.2. UNIÓN UNILATERAL O BILATERAL.

Se da cuando el efecto jurídico fluye hacia un solo sentido o cuando dicho efecto es reciproco entre ambos contratos.

En la unión unilateral la correspondencia que se da entre los contratos es de subordinación, de tal forma que sólo uno de ellos es susceptible de verse afectado por cambios en el otro contrato, en cambio en la unión bilateral se da una completa correlatividad entre los dos contratos.

2.4.2.3 UNIÓN GENÉTICA O FUNCIONAL.

Que se da cuando un contrato ejerce una acción vinculante respecto del otro en su configuración u origen, como el caso del contrato preparatorio o preliminar; o bien la unión funcional que se da cuando un contrato no influye en la génesis del otro, sino que sólo actúa en el desarrollo de la propia relación.

Pues bien, analizada ya la unión de contratos puede decirse que la diferencia fundamental radica en que el contrato atípico existe la unidad de contrato, mientras que en la unión de contratos lo importante es la dualidad o pluralidad de contratos; en la unión de contratos existe una entidad distinta con una propia causa jurídica.

2.4.3 EL SUBCONTRATO.

"El subcontrato es aquél contrato derivado y dependiente de otro anterior de su misma naturaleza, que surge a la vida como consecuencia de la actitud de uno de los contratantes, el cual, en vez de ejecutar personalmente las obligaciones asumidas en el contrato originario, se decide a realizar con un tercero la ejecución de aquéllas, en base al contrato anterior del cual es parte".⁴⁶

Es decir, existe un contrato primario y un subcontrato derivado de éste, en donde se da una dependencia unilateral, debido a que el subcontrato no puede subsistir de manera autónoma respecto de dicho contrato primario, pero si puede darse a la inversa.

⁴⁶ LOPEZ VILAS, Ramón, El Subcontrato, Editorial Tecnos, Madrid España, 1973, Pág. 193.

Las características del subcontrato son las siguientes:

1. - Es un contrato nuevo distinto del contrato primario del cual nace.
2. - Otra característica del subcontrato es que participa de la naturaleza o esencia del contrato original, lo que lo diferencia de los contratos accesorios.
3. - No puede rebasar los límites impuestos por el contrato principal, ni en su extensión ni en su contenido.
4. - Coexiste con el contrato base.

Ahora bien, el contrato originario debe cumplir también con ciertos requisitos:

1. - En cuanto a su ejecución, debe contar con cierta duración, por tanto no puede darse el subcontrato en contratos de ejecución instantánea.
2. - No debe ser intuitu personae, porque el acreedor no permitiría que otro ejecute el contrato, por tanto el contrato puede ser ejecutado personalmente o a través de terceros.
3. - La subcontratación debe estar permitida por el contrato primario o por la ley y, si está prohibida es necesario recabar el consentimiento del primer contratante.
4. - El contrato base no debe ser traslativo de dominio, o bien de tracto único.

En nuestro derecho se encuentra ampliamente reconocida esta figura, por ejemplo el subarrendamiento en el artículo 2480 al 2482, el subcomodato en el artículo 2506, entre otros.

2.5 TIPICIDAD SOCIAL O CONSUETUDINARIA.

Al decir de Jordano, "ciertos contratos comienzan a ofrecer tipicidad en virtud de los usos, antes que el legislador los recoja y deje legalmente acuñados, por lo que cabe distinguir entre tipicidad legislativa y tipicidad social".⁴⁷

En general, los juristas no le prestan demasiada importancia a esta distinción acerca de la tipicidad, ya que la mayoría de ellos la estudia con poca profundidad.

No obstante, ella adquiere importancia como elemento de la interpretación e integración de aquello que no ha sido previsto por los contratantes, por lo que adelantándonos un poco en el tema de la interpretación, debe distinguirse entre los contratos innominados con tipicidad consuetudinaria o social y los contratos innominados sin tipicidad social, ya que los primeros se regirán por las reglas y pautas establecidas por los usos, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina, en tanto que los segundos se deberá seguir el principio de la analogía. Es decir, "para los primeros, el intérprete buscará los rasgos peculiares del negocio, partiendo del material vivo que le ofrecen los usos y las costumbres. Para los segundos, será necesario acudir a la figura contractual de mayor semejanza (analogía legis) y a la disciplina de la familia de contratos típicos más afín, siempre que sean apropiadas a su naturaleza y no le repugne (analogía iuris)".⁴⁸

Por oposición a la tipicidad legislativa, la tipicidad social se define según Betti, como aquella que "cumple, como siempre, la función de limitar y dirigir la autonomía privada pero que actúa mediante una remisión a las valoraciones de la conciencia social relativas a las manifestaciones de la autonomía privada que, en la medida en que el ordenamiento jurídico estima que responden a una función

⁴⁷ Op. Cit., Pág. 60.

⁴⁸ Gastaldi. Contratos nominados e innominados, en "Contratos I", Pág. 204. Citado por Juan M. Farina, Op. Cit.

socialmente útil, son acogidas y tuteladas por él".⁴⁹ De tal forma que, todos los días surgen al universo jurídico contratos que tal vez sean atípicos legislativamente, pero que nacen en virtud de nuevos fenómenos que ya cuentan con una tipicidad social. Si un contrato se celebra en forma cada día más continua, los tribunales le dan cierta validez y reconocimiento a través de la jurisprudencia, sin olvidar a los teóricos, es indudable que dichos contratos alcanzan la tipicidad social, ya que todos los elementos o ingredientes descritos proporcionan las características esenciales a dichos contratos.

Dichos modelos contractuales, que en cierto momento ya encierran algunos elementos determinantes, como son los elementos personales, o sea, las partes contratantes, así como la denominación, las obligaciones pactadas, las modalidades, pueden brindar soluciones de facto al conflicto de la interpretación, aunado a que secundan en aquellos aspectos en que los contratantes pudieran ser omisos.

La importancia de la tipicidad social, vista como la configuración de modelos contractuales legislativamente atípicos, reside en que brinda al estudioso de estos fenómenos jurídicos o negocios la aptitud de apoyarse en otras fuentes de interpretación, tales como los usos, la jurisprudencia, la doctrina, el derecho comparado, a fin de encontrar reglas adicionales y guías para dar solución a ellos.

Se manejan diversos ejemplos de contratos que son típicos consuetudinariamente hablando, como el contrato bancario de caja de seguridad, el de hospedaje, el de garage, entre otros. Todos ellos cuentan con una causa que nace de una conducta social repetida, además de un nombre propio dado por el uso. Este tipo de contratos innominados constituye auténticos casos de la costumbre jurídica en

⁴⁹ Citado por Javier Arce Gargollo. "Contratos Mercantiles Atípicos". Edit. Trillas, 2ª Edición, México, 1989, Pág. 49.

sentido estricto, ya que se da la repetición de conductas en una tendencia genérica coincidente, aceptada por la colectividad.

Los contratos innominados con tipicidad social no son fruto de la mente de los contratantes, sino que la costumbre les va otorgando un perfil propio y, las partes al celebrarlo se someten a su disciplina. En caso de tener que ventilar una controversia derivada de un contrato innominado con tipicidad social, ante las lagunas que pueda haber en el instrumento, el intérprete acudirá a los usos y las costumbres.

En opinión de Juan M. Farina,⁵⁰ la clasificación más trascendente de los contratos innominados es ésta, ya que se orienta al intérprete y se induce al legislador sobre las necesidades de su regulación positiva.

La tipicidad social también suele concurrir en las cláusulas negociales atípicas; o sea, que la legislación no considera o prevé a determinadas cláusulas, por tanto serán atípicas, pero contienen la tipicidad social. Como ejemplo de dichas cláusulas tenemos a la denominada "star del credere" o comisión de garantía, o por otro lado, la cláusula de rescisión por devaluación monetaria.

2.6 INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS ATÍPICOS.

La connotación lingüística ordinaria del vocablo "interpretación" tiene la acepción de indagar el significado de una expresión de cualquier tipo, ya sea artística o intelectual o incluso de cualquier comportamiento humano, es decir, es captar el sentido de una obra, de las palabras o de los signos.

⁵⁰ Op. Cit., Pág. 284.

"Desde el punto de vista etimológico, la raíz de la voz "interpretar" es el vocablo latino *interpretatio onis* que significa explicación, aclaración, traducción, en tanto que el intérprete *interpres etis*, vale como mediador, el que explica la significación de algo...".⁵¹

Lo dicho anteriormente, sirve como preámbulo para abordar ahora la interpretación en sentido jurídico, es decir, la interpretación de la ley, ya que el propósito de esa función es fijar el sentido y alcance del pensamiento encerrado en una norma de derecho, ya sea contenida en una ley o en un contrato. En ese aspecto, los preceptos jurídicos necesitan de la comprensión y determinación de los términos a fin que puedan ser aplicados, en caso de una ley y, para ser ejecutados, si se trata de un negocio jurídico.

En ese orden de ideas, al ser el contrato un negocio jurídico, también requiere de una interpretación para que pueda ser cumplido debidamente y conocer todos los efectos que debe producir.

Por tanto, la misión del intérprete será una función comprensiva del contenido de la norma legal particular expresada en las cláusulas del contrato.

"Siendo la voluntad de las partes la esencia del contrato, desentrañarla del contenido de éste, debe ser actitud y operación previa a cualquier otra...".⁵²

En principio, la labor del intérprete debe encaminarse a esclarecer y deslindar el contenido de lo estipulado por las partes, precisamente en cada una de las cláusulas, teniendo como objetivo final el conocer los efectos que deben producir los acuerdos vertidos por los contratantes.

⁵¹ GALINDO GARFIAS, Ignacio. "La Interpretación del Contrato", en Revista de Derecho Privado. Año 4, N° 11, mayo - agosto, 1993, México, Pág. 193.

⁵² OLVERA DE LUNA, Omar. Contratos Mercantiles. Editorial Porrúa S. A., 2ª Edición, México, 1987, Pág. 4.

La mayoría de los autores reconocen como un principio general de los contratos a la buena fe, a la cual ya nos hemos referido en el capítulo anterior, principio que también debe ser aplicado por el intérprete para desarrollar su trabajo indagatorio. "...el juzgador... deberá respetar en todo caso, la buena fe como norma para su labor; así se ha dicho que sería equivocado por parte del órgano judicial, iniciar su interpretación de un contrato, aplicando supuestos y construcciones jurídicas; es solo hasta que ha agotado ese criterio emanado de la buena fe de los contratantes, cuando el intérprete podrá ir al encajonamiento del contrato dentro del casillero que conforme a la Ley pudiera corresponderle...".⁵³

Aplicar la buena fe a la actividad interpretativa, significa que quien trate de desentrañar el sentido y el alcance del contrato debe hacerlo con toda objetividad e imparcialidad. Es decir, en este caso no se trata del principio del que hablamos para el contrato, sino que debe ser la actitud que muestre el intérprete.

Cuando el intérprete analice el contrato debe de tomar en cuenta, en primer lugar, que cuando se celebró o perfeccionó el contrato, los otorgantes debieron al declarar su voluntad, actuar con lealtad, sin reservas ni artificio alguno, con el que se quiera disimular su intención real sobre los derechos y deberes recíprocos.

En la celebración del contrato, la buena fe consiste en que la declaración de los otorgantes debió ser expresada observando un principio de recíproca lealtad al emitirla, es decir, las palabras empleadas en el contrato debieron ser claras, emitidas tal como razonablemente pueden ser percibidas no sólo por el destinatario de la declaración emitida, sino "... por cualquier otra persona de inteligencia normal, según el uso ordinario de los vocablos".⁵⁴ Por otro lado, la buena fe exigible a las partes durante la vigencia del contrato, consiste en el deber

⁵³ Idem, Pág. 4.

⁵⁴ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op. Cit., Pág. 205.

de comportarse en coherencia con lo pactado con la finalidad del contrato, como instrumento jurídico apropiado para que el negocio celebrado cumpla en la realidad con la función que le es propia.

Los otros dos principios que soportan a la interpretación son:

1. - La búsqueda de la voluntad común de los contratantes, en la que se da preponderancia a la voluntad real sobre la expresión literal de la cláusula, por lo que surge la función jurídica del contrato, consistente en la armonización o vinculación de los intereses opuestos a través del consentimiento expresado en dicho contrato.

2. - La conservación del contrato, o mejor dicho, la conservación de los efectos del contrato, ya que, tomando en cuenta el efecto que deben producir las convenciones estipuladas para obtener el fin que las partes persiguen al celebrar el contrato.

El proceso de interpretación del contrato inicia con la fijación del significado de las palabras, ya sea verbales o escritas, empleadas por las partes al celebrar el contrato.

Por lógica, "la forma escrita facilita considerablemente la determinación del contenido del contrato y la interpretación del mismo. La labor del intérprete siempre se ejercita mejor sobre cláusulas escritas que sobre cláusulas verbales, encomendadas a la memoria de las partes o al testimonio de terceros".⁵⁵

⁵⁵ URÍA, Rodrigo. "Derecho Mercantil". Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., 24ª Edición, Madrid, España, 1997, Pág.642.

En este punto del trabajo del intérprete, su labor es meramente lingüística, ya que se refiere al significado gramatical de las palabras, a penetrar en la connotación idiomática del contrato, ya sea en sentido ordinario o técnico. De allí es donde comienza la labor de interpretación jurídica propiamente dicha. Este primer paso es una cuestión preliminar que resulta necesario resolver para de ahí acometer con el segundo paso que, como ya se dijo, es la interpretación justamente jurídica. Al estar aún dentro de la primera fase, puede ocurrir que surjan dudas de la vaguedad en la sintaxis empleada en la redacción de las cláusulas, toda vez que los contratantes no lograron expresar su pensamiento con la suficiente claridad.

La precisión de dos elementos, a saber: a) la connotación de las palabras y, b) la oscuridad en la redacción, en realidad es un escudriñamiento de hecho, más no jurídica del contrato, pero si es una indagación preparatoria a ésta última.

Considero importante hacer la observación de que en esta etapa inicial de la interpretación del contrato, existen puntos coincidentes con la interpretación de la ley, pues en ambos casos la tarea del intérprete consiste en establecer el significado y la denotación de las expresiones utilizadas por el legislador, cuando se trate de una ley, o por las partes cuando se refiera al contrato; empero, en la interpretación de la ley, se busca elucidar la voluntad del "legislador", o sea, el sentido de la disposición, con el fin de llevar al cabo la aplicación de la norma en ella contenida, mientras que en la interpretación del contrato, se trata de descubrir a través de la redacción de la cláusula, cual es el punto de confluencia del acuerdo de las partes, o sea aquello en que las partes han consentido al celebrar el contrato, para determinar sus efectos.

Otra diferencia importante entre ambos tipos de interpretación consiste en que, en el ámbito contractual, en el supuesto de que concluida la tarea interpretativa cuando no fuere viable aclarar las ambigüedades u oscuridad de las cláusulas del contrato. Si la incertidumbre persistiere sobre el objeto principal del mismo,

acarreará como consecuencia que sea nulo, según lo dispone el segundo párrafo del artículo 1857 del Código Civil para el Distrito Federal.

Por lo que se refiere a la interpretación de la ley, el juzgador se ve impedido para dejar de resolver el litigio por esta causa, pues como lo prescriben los artículos 18, 19 y 20 de nuestra Carta Magna, deberá recurrir a la interpretación por analogía o a la aplicación de los principios generales del Derecho, sin que en ningún caso pueda privar de efectos a la ley en cuestión que interpreta.

Concluida la etapa preliminar, podrá iniciarse la interpretación jurídica propiamente dicha del contrato. A partir de entonces, debe saberse que la fórmula o el lenguaje empleado en las cláusulas es la manifestación de un acto volitivo de cada uno de los contratantes, encauzado a dar a conocer a la otra parte su real intención para llevar la colaboración de tal negocio jurídico; consiguientemente, en el proceso de elaboración del contrato existen dos estadios: conocer la voluntad o intención de las partes y fijar el sentido de la declaración o manifestación de esa voluntad, la incógnita reside en saber cuál debe imperar.

Al respecto, se presentan dos posturas que tratan de solventar la cuestión.

En la realidad, las manifestaciones de los contratantes son el medio para hacerse saber mutuamente cual es su voluntad. Cualquiera otra situación que no haya sido dada a conocer por medio de la declaración no forma parte del contrato, dado que es ajena a la parte a quien se dirige la citada declaración durante el proceso de integración del consentimiento.

La declaración es la única manera entre las partes para constituir el consentimiento, el cual formará el contenido del contrato. De acuerdo con esta idea y, a fin de salvaguardar los intereses que hay de por medio, la consecuencia del contrato depende únicamente de las declaraciones de las partes contenidas en

él y no de la volición de cada una de ellas que no se ha exteriorizado plasmándola en las cláusulas.

“Además de la peculiaridad propia del contrato, quien lo interprete para cumplirlo, exigir su cumplimiento o dirimir cuestiones planteadas a su respecto (partes, terceros, abogados, jueces), habrá de tener en cuenta lo siguiente:

- a) Es preciso hacer aplicación de los principios informantes del sistema mercantil, debiendo colocar muy especialmente en primer término al de la buena fe.
- b) Se aplicará la ley comercial, observándose el orden de prelación normativo de nuestra disciplina.
- c) Se tendrá presente especialmente la causa fin o función económica que al contrato le han reservado las partes, lo cual se relaciona con la unidad de prestaciones del contrato.
- d) Los hechos, actos y contratos celebrados por las partes, antes, durante y después de concluir el negocio innominado, revelarán que tipo de negocio se trata.
- e) La fuerza vinculante de los contratos nominados e innominados es la misma, porque ambos se fundan en el sistema legal que otorga tal cualidad a las convenciones establecidas por las partes (art. 1197, Cod. Civil).
- f) En atención al carácter internacional de nuestro derecho comercial, no será ajena al intérprete la práctica legal y social de los países que poseen un sistema jurídico similar al nuestro”.⁵⁶

⁵⁶ Etcheverry, Raúl Anibal, Op.Cit., Pág. 116.

Como se ve, en los sistemas legales de América Latina son semejantes los criterios y principios que rigen para la interpretación de los contratos.

2.6.1 TEORÍAS SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO

2.6.1.1 TEORÍA DE LA DECLARACIÓN.

Esta corriente sobre la interpretación contractual, afirma que el consentimiento de las partes se ha constituido a partir de lo que han declarado éstas, o sea lo que se ha denominado como la oferta y la aceptación, al momento de celebrar el contrato; por lo que la voluntad intrínseca no tiene una influencia vista desde el punto estrictamente jurídico, en tanto no haya sido manifestada o revelada a través de las declaraciones de los contratantes.

El profesor Danz, es seguidor de dicha teoría cuando dice que: "...hay que guardarse siempre de pensar que la interpretación aspira a determinar el sentido - indagado por el juez deductivamente - en que las partes "usaron" las palabras interpretadas, es decir, las especiales intenciones internas que movieron a las partes, como si se tratase de demostrar el proceso mental interno que se haya realmente desarrollado. Los propósitos internos de las partes no tienen la menor importancia para determinar el significado de las partes y su eficacia jurídica; sólo adquieren valor - como ya hemos dicho - cuando se trata de la impugnación de un negocio jurídico o de su anulación y, para lograrla, una de las partes hace expresa invocación de su voluntad interna concreta; y entonces la cuestión de saber que el impugnante quiso realmente es cuestión de hecho...".⁵⁷

⁵⁷ Danz E., La Interpretación de los Negocios Jurídicos, Madrid, en Revista de Derecho Privado, 1955, Pág. 84. Citado por Ignacio Galindo Garfias, Op. Cit., Pág. 197.

Por otro lado, Enneccerus y Nipperdey expresan que "... el intérprete, partiendo de la declaración y de las demás circunstancias que interesan para la interpretación, ha de investigar la voluntad real, pero sólo puede considerarla decisiva en tanto haya tenido expresión en la declaración..."⁵⁸

En ese orden de ideas, la teoría de la declaración de voluntad, no rechaza la intención o la idea interna de los contratantes, sólo asevera que prevalecerá jurídicamente, siempre y cuando se encuentre contenida en la declaración. Por tanto, el objeto de la interpretación es deslindar el alcance de lo declarado, autónomo de lo querido por el declarante en tanto que no haya sido manifestado o vertido en las declaraciones correspondientes. Entonces, la labor del intérprete debe realizarse de acuerdo, como ya se dijo, a los principios de la buena fe, de acuerdo con los cuales el destinatario de la declaración no está obligado a estar enterado de aquello que no ha sido exteriorizado en la propia declaración.

En conclusión, para esta corriente el objeto de la interpretación es lo que los contratantes han declarado mediante la exteriorización misma o dicho de otra manera, lo que se expresó como voluntades de las partes vertidas en el clausulado.

La excepción a esta regla se da cuando el intérprete ha descubierto que, del contenido del contrato mismo, las partes otorgaron a las palabras empleadas una connotación distinta al de su sentido literal.

2.6.1.2 Teoría de la Voluntad Interna.

Esta corriente es enteramente contraria a la teoría de la declaración.

⁵⁸ Idem., Pág. 197.

La teoría expone que, el objeto que debe buscar el intérprete no es penetrar en el significado de las palabras contenidas en la cláusula, sino la voluntad o intención común de los contratantes e, incluso, saber como se ha formado en el proceso volitivo de cada uno de ellos; es decir, los puntos coexistentes de la voluntad de cada una de las partes para otorgar el acto.

De acuerdo con esta corriente, dado que el consentimiento es un elemento de existencia del contrato y éste está integrado por el acuerdo de voluntades, el intérprete debe investigar lo que pasó por la mente de los contratantes cuando consintieron en obligarse.

Por ello, la teoría de la voluntad afirma que la labor del intérprete se desarrolla como una investigación o reproducción del pensamiento y de los propósitos de las partes. Todo ello se da en la esfera interna del declarante y de manera previa a la declaración.

En ello radica la diferencia de la teoría de la voluntad interna, puesto que la investigación es sustancialmente psicológica, con la tendencia de conocer cuál fue la intención de los contratantes, mientras que la teoría de la declaración se centra en dilucidar el sentido de las palabras utilizadas en el contrato, por lo que se convierte en un estudio esencialmente filológico.

Trasladando las teorías anteriores, de la lectura del artículo 1851 del Código Civil para el Distrito Federal se desprende que en él se adopta la teoría de la voluntad interna cuando dice que cuando las palabras parezcan contrarias a la intención patente de los contratantes, prevalecerá la segunda sobre las primeras.

También nuestro Máximo Tribunal parece coincidir con dicha postura, por lo que transcribo una tesis que, aunque se refiere a la figura de la asociación en participación, la cual será abordada en otro capítulo del presente trabajo, la misma cobra importancia por lo que a la interpretación se refiere:⁵⁹

“Instancia: Tercera Sala

Epoca: Séptima Epoca.

Localización:

Instancia: Tercera Sala.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

Parte: 1 Cuarta Parte.

Tesis:

Página: 14

Rubro:

ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN, PRUEBA DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO DE.

Texto

“La Ley de Sociedades Mercantiles (así) dispone en el artículo 254, que el contrato de asociación en participación debe constar por escrito y que no estará sujeto a registro; pero relacionando este precepto con el artículo 78 del Código de Comercio, tiene forzosamente que llegarse a la conclusión de que esa formalidad no es un elemento “ad solemnitatem”, sino “ad probationem” y, consecuentemente, que la existencia del contrato puede demostrarse por cualquier método de prueba que ponga de manifiesto la intención de las partes para celebrarlo, así como que para la apreciación de dichos medios probatorios, debe estarse a la preeminencia de la voluntad interna, sobre la voluntad declarada.

⁵⁹ Consultadas vía Internet. Supra: Nota 41.

Precedentes

Amparo directo 1072/67. Julio Granados Onofre. 22 de enero de 1969. 5 votos. Ponente: Enrique Martínez Ulloa. Sexta Epoca, Cuarta Parte: Volumen LII, pág 76. Amparo directo 2287/59/1* Primo Martínez Sánchez. 16 de octubre de 1961. Mayoría de 3 votos. Relator: Mariano Azuela. Volumen XVII, pág. 30. Amparo directo 2977/59. José Salas Bretado. 8 de diciembre de 1959. Unanimidad de 4 votos. Ponente: José López Lira. Volumen II, pág 46. Amparo directo 6065/56. José Lunardi A. 23 de agosto de 1957. 5 votos. Ponente: Mariano Ramírez Vázquez.

NOTA (1): La prelación de precedentes ha sido corregida. NOTA (2): Esta tesis también aparece en: Informe de 1969, Tercera Sala, pág 19".

Así también, otras tesis son incuestionables al respecto:

"Instancia: Segunda Sala

Epoca: Séptima Epoca.

Localización:

Instancia: Segunda Sala.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

Parte: 103 - 108 Tercera Parte.

Tesis:

Página: 67

Rubro:

CONTRATOS, INTERPRETACION DE LOS.

Texto

La naturaleza de los contratos depende, no de la designación que les hayan dado las partes, que puede ser errónea, sino de los hechos y actos consentidos por las mismas, en relación con las disposiciones legales aplicables, atenta la regla de interpretación del Código Civil vigente: "si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas.

Precedentes

Amparo directo 5668/76. Inmobiliaria Hotelera, S.A. 23 de noviembre de 1977.

Unanimidad de 4 votos. Ponente: Atanasio González Martínez. NOTA (1): En la publicación original esta tesis aparece con la siguiente leyenda: "Véase: Apéndice de

Jurisprudencia 1917 – 1975, Cuarta parte, tesis 129, pág 387”. NOTA (2): Esta tesis también aparece en: Apéndice 1917-1985, Tercera Parte, Segunda Sala, décima tercera tesis relacionada con la jurisprudencia 256, pág. 612.”

“Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Epoca: Octava Epoca.

Localización:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

Parte: XI - Mayo.

Tesis:

Página: 311

Rubro:

CONTRATOS MERCANTILES. INTERPRETACION DE LOS.

Texto

Conforme a las reglas de interpretación de los contratos mercantiles, debe atenderse en primer lugar a la literalidad de las cláusulas convenidas por las partes y, en su defecto, es decir, de no solucionarse el conflicto conforme al sentido literal de dichas cláusulas, se deberá entonces ocurrir a la intención de los contratantes, de acuerdo con lo establecido por los artículos 78 del Código de Comercio y 1851 del Código Civil del Distrito Federal, de aplicación supletoria al citado en primer término. OCTAVO TRIBUNAL COLEGADIO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Precedentes

Amparo directo 21/92. Proyecto Connie, Asociación Civil. 11 de febrero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Antonio Muñoz Jiménez. Secretario: Alejandro Sánchez López”.

Es evidente que en todos los sistemas legales, se debe prever la forma y las reglas en que se basen para interpretar el contenido de los contratos. Así, por ejemplo, en España, Rodrigo Uría⁶⁰ afirma que: “En ese orden, a la interpretación rigen, desde luego, las normas generales establecidas en los artículos 1.281 a

⁶⁰ Op. Cit., Pág. 642.

1.289 del Código Civil (art. 50), si bien atemperadas a las reglas específicas que el Código de Comercio establece en los artículos 57, 58 y 59..."

Incluso, se sabe que es en la época romana es donde surgen las normas que rigen la actividad interpretativa. Así, en el Digesto, en su capítulo 50, versículo 16, párrafo 219, se puede leer: "Se determinó que en las convenciones se atiende a la voluntad de las partes contratantes, mejor que a las palabras".

Así pues, de conformidad con el método de la interpretación psicológica, se advierte que la materia de la labor interpretativa se desenvuelve en el campo subjetivo, ya que el intérprete debe determinar la intención real de las partes con preponderancia a lo declarado, ya que el proceso formativo de la voluntad está influido por un determinado propósito de un contratante que concurre con el otro en el negocio; o sea que, el consentimiento es el germen del contrato. La interpretación tiene como finalidad especificar cuales son los efectos que debe producir el acuerdo de voluntades, que es el fin último de la interpretación.

El contrato, una vez perfeccionado por el consentimiento al que han llegado las partes, es probable que produzca efectos no previstos por ellas, o sea, no comprendidos en el acto de volición y ello da pausa a que los efectos del consentimiento, van más allá de la intención común de los contratantes y son los que establece la ley y, específicamente, el artículo 1796 del Código Civil para el Distrito Federal, que dice en su parte conducente que, desde que se perfeccionan los contratos, obligan a las partes además de a lo explícitamente acordado, también a las consecuencias que, conforme a su naturaleza, son ajustadas a la buena fe, al uso o a la ley.

Para comprender mejor la teoría de la voluntad interna es pertinente reparar en que el método empleado para indagar la intención de las partes y para fijar la esencia y los linderos de los efectos del contrato se desarrolla en dos etapas:

1. - La averiguación de la voluntad o intención verdadera de los contratantes y en análisis correspondiente de la voz gramatical. De esta forma, el intérprete podrá verificar si las palabras empleadas por las partes fueron las adecuadas para manifestar en forma debida la intención o el propósito de las partes.

2. - Reconstrucción. Esta consiste en, después de haber agotado la primera fase, reproducir el acto de voluntad, que es lo que verdaderamente constituye la denominada interpretación superior, es decir, el intérprete se encamina a reconstruir el procedimiento mental de la formación de la voluntad de los contratantes.

2.6.2 TEORÍAS SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS ATÍPICOS.

Sobre la interpretación de los contratos atípicos, la doctrina ha planteado tres hipótesis básicas en lo tocante a las pautas que deben seguirse para definir las normas que les resultan aplicables:

2.6.2.1 TEORÍA DE LA ABSORCIÓN O DE LA OBSERVACIÓN.

Preconizada por Philipp Lotmar en el año de 1908, cuando escribió una monografía sobre el contrato de trabajo, que, aunque no introduce ninguna innovación o principio nuevo, da forma a una tendencia de origen lejano que consistía en no dar lugar, más que en casos muy contados, a contratos atípicos.

Según esta teoría, cuando se dé un contrato de contenido complejo, se deben establecer claramente cuál es el elemento, la prestación preponderante, así como las prestaciones accesorias; hecho lo anterior, el contrato en su totalidad quedará supeditado a las normas respectivas del tipo legal a que se refiere la prestación principal.

Esta tesis no acepta la existencia de los contratos mixtos. La aplicación de este principio conlleva a que nos situemos fuera de su dimensión, observando todo dentro del ámbito de los tipos legales del contrato, o sea, dentro de los contratos previstos por la Ley, por lo que se concluye que, si en todos los casos es admisible realizar la absorción de una prestación, ello constituirá no un contrato mixto, sino que será siempre un contrato único y simple, normalmente nominado.

La teoría de la absorción puede observarse que se aplica aún en nuestro Código Civil, por ejemplo, el artículo 2250 dispone que, en tratándose del contrato de compraventa que, cuando el precio a pagar sea parte en numerario y parte con el valor de otra cosa, si la parte de dinero es mayor o igual que la pagada con el bien distinto a dicho dinero, este contrato será de compraventa, pero si por el contrario, la parte de dinero es inferior al bien distinto del numerario, entonces el contrato será de permuta.

Esta teoría ha sido criticada por Joaquín Dualde, a la que considera de carácter empírico, por lo que afirma que sus fundamentos son "como si un público compuesto de cien hombres y 99 mujeres dijéramos es un público compuesto de hombres."⁶¹

Otro autor, Schreiber, juzga a esta teoría como una secuela del error cometido por los escritores de la edad media, que interpretaron la absorción formal del sistema procesal romano, como una absorción material.

Esta teoría no solventa adecuadamente la cuestión de la interpretación de los contratos atípicos, ya que no siempre es factible precisar cual es la prestación o elemento preponderante, puesto que muchos actos jurídicos atípicos comprenden como la prestación más importante la que se refiere a dos o más contratos típicos, o varias prestaciones importantes.

⁶¹ Citado por Manuel Borja Martínez. Op. Cit., Pág. 53.

Hoy en día, esta teoría está completamente en desuso en el campo de la doctrina, ya que ha sido duramente criticada, no así en la praxis, pues es exitosamente aplicada por quienes intentan eludir el problema de la regulación de los contratos mixtos. Ello se da puesto que algunos abogados prefieren, antes que correr riesgos al utilizar figuras jurídicas novedosas, conseguir el fin deseado mediante la inclusión de cláusulas, pactos y estipulaciones que se ajusten al efecto propuesto de una determinada figura contractual tipificada por nuestra Ley. Dicha práctica será aprobada, siempre que con ella no se traspasen las barreras de los contratos, además de que el efecto real buscado no se contraponga con el que se persigue por la Ley o que sea contrario a la finalidad de ésta.

En contraposición a esta teoría y como una reacción a la misma surgen las teorías de la combinación y de la aplicación analógica, las cuales exponen:

2.6.2.2 TEORÍA DE LA COMBINACIÓN.

Tiene dentro de sus principales expositores a Gino de Gennaro y Díez Picazo. Esta propone que para realizar la interpretación de un contrato atípico, se debe proceder a la utilización directa y combinada de los preceptos legales correspondientes a cada una de las prestaciones que integran el contrato mixto.

Las normas que reglamentan todo elemento jurídico son especiales e inherentes al propio elemento, con autonomía del contrato nominado en que se encuentren, de tal manera que lo acompañan no obstante que ese elemento se separe o se vincule a los elementos jurídicos de otros contratos. Para esta teoría la aplicación de la norma nunca debe ser analógica, siempre debe ser directa.

Imbuído de las ideas de Rümelin, se considera que el iniciador de esta teoría fue Höeniger, quien señala ingeniosamente que debe cuidarse siempre que los artículos que van a combinarse no sean incompatibles entre sí, por lo que aclara

que dicha incompatibilidad se manifiesta las más de las veces, no entre las normas relativas a cada prestación en especial, sino entre las relativas a la naturaleza del contrato íntegro, por ejemplo, las que atañen sobre su formación, validez, nulidad, prescripción, entre otros. De tal manera que, al no poderse aplicar a la par, en caso de complicaciones sobre los elementos básicos del contrato, se aplicará la norma más estricta, la que demande más formalidades, "pues debe tenerse en cuenta que por lo general, el mayor rigor de la norma ha sido establecido por razones de orden público".⁶²

Esta teoría defendida por Höeniger fue aceptada y realzada, durante la parte alta del siglo XX, tanto por autores alemanes e italianos entre los que se encuentran Messina, Luigi Cariota Ferrara, así como el hispano Antonio Aguilar Gutiérrez citado, quien elaboró un estudio serio y profundo sobre el tema y aceptando dicha teoría toda vez que es la que acata con más apego la voluntad de las partes y admite la ubicación de los contratos mixtos como miembros de una categoría de contratos y no como un simple género de contratos innominados.

Las críticas que se han hecho a esta teoría son que, a pesar de que representa un considerable avance en relación con la teoría de la absorción es que, según Fubini, en un estudio hecho en el año de 1931 en el que objeta la tesis de Höeninger, al argumentar que, sería desmesuradamente fácil comprender que la naturaleza de los contratos mixtos deba estudiarse disgregando los diferentes elementos y asignando a cada uno las consecuencias que para dicho contrato están fijados en el correspondiente contrato nominado, de tal forma que se hacen prevalecer unos sobre otros, únicamente cuando puedan presentarse dificultades entre ellos. Continúa diciendo que, no son muchas las soluciones que introduce dicha teoría, porque no percibe la esencia del negocio, aunque Fubini no deja de reconocer que ésta respeta de forma suficiente la exacta dimensión del problema,

⁶² AGUILAR GUTIERREZ, Antonio, "Los Contratos Mixtos y los Contratos Innominados", en "Anales de Jurisprudencia", año IX, tomo XXXII, N° 6, junio de 1941.

ya que trata de sustentar el valor que los partícipes han querido dar a cada uno de los elementos del contrato, al pretender el nacimiento de un todo orgánico.

Por otro lado, en la práctica dicha doctrina también resulta deficiente, por una parte, por ser inaplicable la combinación de los elementos en su individualidad que conforman a un asunto único; de otra, porque si se quieren utilizar en éste las reglas de los contratos en lo individual, sería ficticio tratar de aseverar que es correcta la aplicabilidad de tales reglas o normas, de modo que con todo y la limitación de que dichas normas no se opongan entre sí, su manejo material acarrearía como consecuencia el que se ignorara todo aquello que integra al negocio complejo, o sea, no la pluralidad de contratos, sino el contrato único, con un distintivo motivo empírico.

Del mismo modo, Isidoro La Lumia enfatiza en la complicación que acarrea el tratar de aplicar la teoría de la combinación, al explicar que se necesitaría precisar las normas que corresponden a las partes especiales de los negocios típicos reconocidos y la legislación, no repara en las partes mismas en sí, o sea consideradas en una forma separada, sino que lo hace cuando forman parte de un todo llamado contrato. Por ello, concluye Fubini, al ser el contrato mixto una entidad indisoluble, no puede ser seccionado en sus elementos, ni servirse de las normas relativas a cada uno de estos.

También Francesco Messineo rechaza la teoría de la combinación, denominándola "quimismo contractual" y a la que considera artificiosa y falsa.

La deducción a la que llega dicha teoría es falsa, toda vez que no es verdad que los elementos del contrato nominado estén adyacentes uno del otro, sino que por el contrario se encuentran compenetrados y como enlazados uno con otro en una unidad orgánica, de tal modo que el contrato no es una adición, sino que es una integración.

La misma suerte corren las normas reguladoras del contrato, ya que no se refieren a cada elemento de éste sino siempre al contrato como un todo, por lo que dichas normas serán enmendadas de acuerdo con el hecho de pertenecer a la disciplina de uno o de otro contrato y cita como ejemplo el elemento "precio" para explicar que las normas relativas a éste son de contenido múltiple, lo cual depende del tipo de contrato ya sea compraventa, de contrato estimatorio, de suministro, de reporto, etcétera, por lo que si se siguieran los postulados de esta teoría, al elemento "precio" le correspondería en todo momento, en cualquier contrato, una norma o un conjunto de normas de contenido constante.

2.6.2.3 TEORÍA DE LA APLICACIÓN ANALÓGICA.

La cual tiene dentro de su principal expositor a Otto Schreiber, quien a principios del presente siglo le dio suma importancia y la comparó contra la teoría de la absorción así como la teoría de la combinación.

Dicho autor niega la existencia - planteada por la teoría de la combinación - de una relación abstracta entre los diversos elementos de hecho previstos por la ley y las normas legales, por lo que afirma que dichas normas se apliquen es preciso que aquellas se presenten en la misma reunión orgánica prevista en la ley y lejos de admitir que los tipos legales del contrato tienen un carácter y un valor abstractos, dicho autor expresa que la ley ha previsto simples ejemplos concretos de contratos y que las normas de éstos son decisiones sólo para casos concretos, los cuales no deben aplicarse cuando los casos prácticos no concuerden perfectamente con los tipos previstos por la ley.

De tal manera que, si no hay diferencias entre los contratos mixtos y los contratos innominados, es indudable que a los primeros deben aplicarse también las normas establecidas en la parte general de las obligaciones y, aunado a ello debe aplicarse analógicamente las reglas del tipo legal al que más se parezcan,

tratando de que se consigan los fines concretos buscados por las partes y los fines de la ley.

Mediante esta teoría se trata de aplicar en forma analógica cada una de las normas particulares relativas al contrato o contratos nominados con los que se muestra semejante el contrato mixto por estudiar. A diferencia de la teoría de la combinación, aquí ya no se busca realizar una aplicación directa de las normas, ni de otorgar independencia a las prestaciones previstas por el derecho positivo en tratándose de ciertos contratos; lo que se busca simplemente es la "razón jurídica" de las disposiciones expedidas para un contrato regulado que sea afín. En dicha búsqueda se debe tomar en cuenta el fin práctico del contrato mixto a fin de obtener la unidad y la vinculación esenciales entre las normas que pretendan utilizarse.

Messineo agrega que, cuando se trate de contratos atípicos que cuenten con la tipicidad social, los usos "praeter legem" deben tomarse en cuenta para determinar las reglas a que han de someterse las partes contratantes; dicha aseveración en nada es contraria a lo expresado por Schreiber, pues dentro de las normas generales de los contratos está las que obligan según se desprende del artículo 1796 del Código Civil, no sólo a lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley.

Ahora bien, dentro del derecho positivo mexicano, la teoría que ha sido aceptada es ésta última, según se puede inferir del análisis que se hace del artículo 1858 del Código Civil, ya que la redacción de dicho precepto coincide en esencia con la tesis de Schreiber, pero sólo con la diferencia de que las estipulaciones de las partes tendrán una jerarquía superior a las disposiciones del contrato regulado con el que presenten analogía.

Con todo, tampoco esta teoría escapa a las críticas, ya que "su fallo principal consiste en que prescinde por completo de un factor importantísimo a la hora de establecer la disciplina, cual es la tipicidad legal o social de las funciones prácticas de cada uno de los negocios fundidos, con su respectiva normación fijada por la ley, o por los usos, jurisprudencia y doctrina".⁶³

2.7 INTEGRACIÓN DE LOS CONTRATOS ATÍPICOS.

Otra etapa de gran importancia para el intérprete de un contrato consiste en calificarlo, es decir, el intérprete pretende ubicar un contrato determinado, en una cierta especie de contratos, de acuerdo a las características que presente el caso particular, pero en el caso de los contratos atípicos, como ya se dijo, deberá recurrir a los usos y costumbres o, bien, tratando de asimilarlo con el que tenga mayor analogía.

La labor de calificación no es propiamente una tarea de interpretación, sino de sistematización del contrato dentro de la especie a la que pertenece un determinado negocio jurídico. La calificación del contrato es útil al intérprete, porque una vez que se ha clasificado aquél, se habrá determinado cuál es la naturaleza y los correspondientes efectos de esa especie de contrato.

Otra función totalmente diferente a la interpretación es la tarea de integración del contrato, la cual es distinta de la clasificación toda vez que en ésta última, el juez no despliega labor alguna de comprensión o de escudriñamiento sobre aquello en que los contratantes han consentido.

⁶³ JORDANO, Barea Juan Bautista. Op. Cit., Pág. 88.

La integración se da en aquellas situaciones en que las partes contratantes han omitido la estipulación expresa que debió haber sido implicada para fijar el significado y las consecuencias del contrato, como partícula integrante del contrato celebrado y como una disposición esencial para que el contrato origine los efectos queridos por ellos al celebrarse.

Es de advertirse que, el resultado de la labor clasificadora es conocer la substancia del contrato para comprender sus efectos, mientras que en la tarea de integración el intérprete enmienda las imprevisiones y omisiones de los contratantes para establecer los efectos o consecuencias que debe provocar el contrato conforme a la intención de los contratantes.

Así, el contrato habrá de dar nacimiento a los efectos que las partes se propusieron alcanzar con su celebración, con el fin de compenetrar los intereses de los contratantes, que es la función propia del acto celebrado.

2.8 ADMISIBILIDAD Y VALIDEZ DE LOS CONTRATOS ATÍPICOS.

Por otro lado, los contratos atípicos revelan dos grandes dificultades. El primero de ellos es saber reconocer hasta donde llegan los límites de su admisión, así como su validez y eficacia, es decir, hasta donde el contrato dispone de la protección de las normas jurídicas.

El segundo de los dilemas consiste en dilucidar, a falta de una normatividad legal, cuáles son las reglas y métodos a que dichos contratos deben sujetarse y, por ende, precisar la forma en que deben interpretarse y como deben ser integradas sus lagunas o imperfecciones.

Nuestro derecho ha reconocido expresamente la problemática de los contratos atípicos, lo que se ha plasmado en los artículos 1796, 1832, 1839 y 1858 del Código Civil, los cuales establecen que para que se dé el perfeccionamiento del contrato sólo basta el consentimiento, por lo que desde que se perfecciona surgen las obligaciones para las partes que no sólo serán las del contrato, sino que, como ya se dijo, acarrearán las consecuencias que se deriven de su naturaleza, de conformidad con la buena fe, el uso o la Ley.

Del mismo modo, el artículo 1832, dispone que para la validez de un contrato no se requerirá formalidad alguna, claro está, con las excepciones y limitantes designadas por la Ley.

Por su parte, el artículo 1839 se refiere a la libertad de los contratantes de confeccionar las cláusulas que crean convenientes para insertarlas en el contrato, pero agrega que, las que se refieran a requisitos esenciales o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, serán subsistentes aunque no se expresen.

Así también, el artículo 1858, que es el que más claro nos deja la admisibilidad de los contratos atípicos, dispone que todos aquellos contratos que no tengan una reglamentación en el Código Civil, deberán guiarse por tres diversas reglas, a saber:

- a) Por las reglas generales de los contratos.
- b) Por las estipulaciones de los contratantes y,
- c) En lo que fueren insuficientes éstas, se observará lo que expresen las disposiciones del contrato típico con el que tengan más analogía, de los regulados en el mismo Código Civil.

CAPITULO III.

EL CONTRATO MERCANTIL DE "JOINT VENTURE" O COINVERSION.

3.1 ANTECEDENTES Y ORIGEN DEL CONTRATO DE "JOINT VENTURE".

"Existen pocas áreas en que el Derecho Comparado haya arrojado menos frutos y originado mayores confusiones que en la de las joint ventures".⁶⁴

En efecto, no cabe duda que cuando se trata de importar una figura jurídica o una especie distinta de hacer negocios y, al respecto se empieza a generar literatura sobre ella, la mayoría de las veces, suele caerse en confusiones y dudas, ya que dichas obras acarrearán que surjan contradicciones.

Respecto de la figura del joint venture, existen autores surgidos del Derecho Continental, que se contradicen entre sí al tratar de puntualizar los elementos esenciales y características de éste, lo que no sucede con la situación que se da en el marco del Derecho Estadounidense o, mejor dicho, en el Common Law, en donde a este vocablo se le utiliza con gran frecuencia y naturalidad en los fallos, en la doctrina y, sobre todo, en la práctica profesional, sin que se ocasione mayor dificultad que la que surge en otras figuras jurídicas.

Es lógico suponer que las dificultades surgen dentro de nuestro sistema jurídico, toda vez que no se percibe la ambigüedad con que el concepto de joint venture se emplea en los Estados Unidos de América, además de que en ese país se admite y comprende con la familiaridad emanada de un uso común. De tal forma que, al

⁶⁴ Cabanellas de las Cuevas Guillermo y Julio Alberto Kelly. "Contratos de Colaboración Empresaria." Editorial Heliasta, S. R. L., Buenos Aires, Argentina, 1987, Pág. 103.

ignorarse esa ambigüedad del término empleado, se cae en el error de tratar de exponer un concepto unitario del joint venture.

Ahora bien, para tratar de explicar más adelante un concepto de dicha figura, así como presentar a sus elementos, es necesario remontarnos a sus orígenes.

Es interesante hacer notar que el origen de esta institución no es una concepción doctrinaria del Derecho Anglosajón, sino justamente del Derecho Inglés. En Inglaterra, las dos figuras esenciales para el desarrollo del Derecho Societario fueron la "partnership" y la "corporation", en donde la Joint Stock Company fue el desarrollo embrionario de la primeramente nombrada, ya que se utilizó por las grandes compañías coloniales de los siglos XVII y XVIII.

Me permito desde ahora, definir a la partnership, basado en Sergio Le Pera, quien dice: "del inglés "to part", del latín "partiri", en español "partir" o "compartir", designa la relación que existe entre dos o más personas que realizan un negocio en común, y la de éstos con terceros".⁶⁵ Es a partir de las diferencias que surgen entre la partnership y la corporation y el distinto tratamiento dado a éstas, por lo que empieza a tener auge la celebración de más contratos de joint ventures.

Por otro lado, el reconocimiento de la figura del joint venture se remonta a fallos del año de 1808 en las cortes norteamericanas, sin embargo existen autores como Joseph Taubman que ubican su antecedente con más precisión en la "sociedad momentánea y/o en participación" anterior al Código de Comercio francés de 1807.

⁶⁵ LE PERA, Sergio, "Joint Venture y Sociedad, Acuerdos de Coparticipación Empresarial", Edit. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2ª reimpresión, Buenos Aires, Argentina, 1992, Pág. 29.

En el año de 1890, basándose en un proyecto realizado por Sir Frederick Pollock, se dicta en Inglaterra la Partnership Act según con el propósito de declarar el Common Law. Posteriormente, en el año de 1907 se dicta la Limited Partnership Act.

El Joint Ventures en sus orígenes se halla vinculado a la presunción jurisprudencial de que una corporación (corporation) no podía formar parte de una partnership. Ello llevó a resolver casos por negativa. Como no podía integrar una corporation una partnership, se estaba en presencia de un joint venture.

Voy a tratar de exponer en forma amplia la manera en que, desde sus orígenes el joint venture llegó a ser lo que hoy en día es; en primer lugar lo haré en lo concerniente a la figura de la partnership.

En el sistema del Common Law, existe un principio importante consistente en que cuando un tercero contrata con uno de los miembros del partnership, dicha persona también tendrá en cuenta no sólo el crédito del miembro con quien contrata, sino también el de los demás miembros del "negocio en común"; de tal manera que el Derecho protege esa confianza cuando establece la responsabilidad de todos los partícipes, por lo que se infiere que éstos, de manera deliberada a través de un contrato o implícitamente por su comportamiento, se otorgan en forma mutua un poder o facultad para los fines del negocio común.

La ratio legis de dicha afirmación es fácil de observar, porque si el tercero confía no sólo en el crédito de aquél con quien contrata sino también en el de sus partners, es porque está enterado de que no tendrá problemas, porque el Derecho estipula que los demás partners o copropietarios del negocio adquieren también responsabilidad frente a él.

La responsabilidad de todos los partners o partícipes no sólo resulta del otorgamiento expreso, también puede darse por un conferimiento tácito o incluso por "simple apariencia" u "ostensible". La responsabilidad por el apoderamiento aparente deviene de la aplicación de la doctrina del "estoppel", que básicamente dice: "quien mediante sus actos o conductas ha inducido a otros a realizar ciertos actos no puede posteriormente cambiar su posición mediante actos o conductas contradictorios con los anteriores, de forma de causar un daño a su contraparte."⁶⁶

Dichos actos o conductas contradictorios pueden consistir en alegar la invalidez de lo antes actuado o declarado, así como desconocer la propia conducta. Del mismo modo, si una persona ha permitido que se creara la apariencia de que es partner, se verá imposibilitado de aducir que en realidad no lo era frente a todo tercero que ha contratado en razón de esa apariencia. Dicha responsabilidad denominada por "holding out", fue descrita en 1793 de la siguiente forma: "Es la clara intención de las partes del contrato que ellas no serán partners; que una no contribuirá su industria o dinero y - para ir aún más lejos - no recibirá utilidades. Pero si ella presta su nombre como partner se convierte respecto del resto del mundo en un partner, no en razón del acuerdo real, sino por principios de política y para prevenir los fraudes a los acreedores, que podrían considerar que están prestando en base al crédito aparente de tres o cuatro personas cuando, en los hechos, están haciendo el préstamo a sólo dos de ellas, a las cuales sin los otros nada habrían prestado" (in re "Waugh v. Carver").⁶⁷ La Partnership Act, en su sección 14 ha definido a la responsabilidad por holding out al decir que "Aquel que por palabras habladas o escritas o mediante su conducta se presenta a sí mismo o permite que se lo presente como partner de una firma es responsable como tal respecto de todo aquel que confiando en tal presentación ha dado crédito a la firma, independientemente de que tal presentación haya sido o no hecha o

⁶⁶ CABANELLAS de las Cuevas Guillermo y Eleanor C. Hoague, "Diccionario Jurídico", Tomo I, Editorial Heliasta, S. R. L., Buenos Aires, Argentina, 1996, Pág. 227.

⁶⁷ LE PERA, Sergio, Op. Cit., Pág. 31.

comunicada a la persona que da crédito por el partner aparente o con su conocimiento".⁶⁸

En ese orden de ideas y, de acuerdo con la teoría del crédito que se ha expuesto, como fundamento de la responsabilidad, un partner no puede obligar ni a la firma ni a los otros partícipes si el tercero con el cual contrató desconocía que él era un partner o, aún sabiéndolo, también estaba enterado que dicho partner no contaba con las facultades suficientes para la celebración del acto. Así está previsto en la Sección 5 de la ya referida Partnership Act, la cual reza: "Cada socio es un representante de la firma y de sus otros partners a los fines de la partnership. Los actos de cualquier partner dirigidos a realizar de manera usual negocios de la clase de lo que realiza la firma de que es miembro obligan a ésta y a sus partners, salvo que dicho partners en los hechos autorización para actuar por la firma en esta particular materia y la persona con la que está tratando sepa que no tiene autorización o no sepa o no crea que él es un partner".

La Sección 1 de la Partnership Act define a la partnership como: "La relación que existe entre dos personas que realizan un negocio en común para obtener utilidad, pero ello siempre que tal relación no se encuentre registrada como una company".

Es importante resaltar que dicha figura es conceptualizada no como un contrato, sino como una relación, de tal manera que los acuerdos para realizar negocios en el futuro no convierte a las partes de ese contrato en partners antes de que el negocio sea efectivamente realizado, por lo que es la realización de un negocio, no el acuerdo para realizarlo, lo que constituye una partnership.

⁶⁸ Idem, citado como pie de página, Pág. 32.

A la Partnership Act le precedió la Companies Act, promulgada por el Parlamento Inglés en el año de 1862. Por medio de este ordenamiento, se sancionó la figura de la compañía la cual, mediante la inscripción del contrato social en un registro, una compañía quedaba "incorporada", por lo que los fundadores y las personas que más adelante se convirtieran en miembros de la misma constituían un "cuerpo corporativo y por lo tanto adquirirían una responsabilidad limitada o ilimitada en caso de disolución, según ellos decidieran al constituir dicha compañía.

La obligación de inscribir a la sociedad no es de carácter obligatorio, sino que sirve para poder contar con el beneficio de la limitación de la responsabilidad o de otros atributos de la incorporación.

Poco después de la promulgación de la Partnership Act, se decidió que el socio oculto o dormant partner sería también responsable frente a terceros bajo la premisa de que ninguna limitación de facultades entre éste y el partner gestor era oponible por el socio oculto respecto de actuaciones que estaban dentro de las facultades ordinarias del gestor. Esta decisión no fue vista con buenos ojos por lo que, posteriormente en el año de 1907, el Parlamento dictó la Limited Partnership Act, aunque cabe resaltar que en el año de 1822, el estado de New York había ya sancionado una Limited Partnership Act, mediante la cual se permitía a un partícipe de una partnership que no interviniera en su administración, a limitar su responsabilidad al aporte prometido o entregado bajo la condición de que el acuerdo fuese inscrito en un registro. La primera de las nombradas siguió la versión francesa de la sociedad en comandita y distinguió entre "general partners" (de responsabilidad ilimitada) y "limited partners", que estaban excluidos de la administración y cuya responsabilidad se limitaba al aporte contribuido al momento de su incorporación. Del mismo modo, para que esta limitación surtiera efectos contra terceros, la limited partnership debía inscribirse en el Registro de Sociedades.

Por otro lado, en el Derecho Estadounidense, el tratamiento que se dio a la partnership fue que, cuando los distintos Estados de la Unión declararon su independencia, mantuvieron vigente el Common Law como ordenamiento privado, lo mismo ocurrió con los Estados que se agregaron más tarde.

Por la organización constitucional, cada uno de los Estados en ejercicio de su soberanía retuvo sus facultades legislativas, por lo que hacia la segunda mitad del siglo pasado se propuso utilizar entre éstos el método de "uniformación legislativa", por medio del cual, a fin de evitar la disgregación del Derecho Común, una comisión propone a las legislaturas locales las leyes cuya promulgación considera debe darse en el ámbito federal. Así pues, en 1902 la "Conference of Commissioners on Uniform State Law", solicita a su Comité de Derecho Comercial la preparación de un proyecto de ley uniforme sobre partnerships.

Después de que se elaboraron los primeros borradores, surgió una gran polémica sobre si debía seguirse la posición tradicional del Common Law, que a su vez se basa en la teoría de la agregación, que trata a la partnership como una simple relación creada entre quienes coparticipan en un negocio y de éstos con terceros, o bien seguir la denominada teoría de la entidad, la cual atribuye a la partnership una entidad propia y por tanto es un sujeto de derecho. Dicha polémica se resolvió en 1910, mediante una reunión de juristas, los cuales recomendaron que se mantuviera la posición tradicional del Common Law, pero se agregó la separación patrimonial de los bienes de la partnership; finalmente, en el año de 1914 se aprobó el texto del octavo proyecto y se recomendó a los Estados su promulgación, por lo que hoy en día la Uniform Partnership Act se encuentra vigente en todo el territorio estadounidense, con excepción de los Estados de Georgia y Luisiana. En algunos casos la adopción del proyecto fue hecha con ciertas salvedades, como por ejemplo en tratándose de sociedades mineras o de los joint ventures y, por supuesto en tratándose de admitir la teoría de la agregación o la de la entidad.

La Uniform Partnership Act define a la partnership como: "una asociación de dos o más personas para conducir como condóminos un negocio para obtener utilidad". Actualmente pueden formar parte de una partnership los individuos, las propias partnerships, las corporations y otras asociaciones, pero dicha disposición evolucionó.

A mediados del siglo pasado, las corporations constituían una figura novedosa, una entidad de derecho de carácter singular que "provenían de una creación excepcional del poder del príncipe (teoría de la concesión)";⁶⁹ la principal característica de dichos entes jurídicos era que en cuanto su capacidad, ésta se consideraba estrictamente restringida a su objeto autorizado y los poderes de sus administradores limitados a los actos necesarios para dicho fin, además de que dicho objeto debía ser logrado tan sólo a través de los órganos y funcionarios previstos en el documento de autorización o de creación.

De este modo y por tal motivo, se polemizó que una corporation pudiera formar parte de una partnership, ya que ésta contaba con un objeto amplísimo y podía implicar a aquélla en actividades para las cuales no había sido facultada. Aunado a ello, como todo partícipe de la partnership tiene una capacidad implícita para ejercer la administración, de ello podía derivarse que la corporation quedara comprometida por las diligencias efectuadas por personas diversas a sus órganos estatutarios, lo que conducía a la probabilidad de que se estuviera en presencia de un acto ultra vires y, como secuela, la nulidad de dicho acto.

Dicho problema fue del conocimiento de los tribunales ya en el año de 1858 y, después, en el año de 1888 dicho dilema se planteó así: "Partnership y corporation son incompatibles. El contrato de partnership es totalmente irreconciliable con el alcance y tenor de las facultades expresas de las corporations, sean éstas

⁶⁹ ROTMAN Horacio, Marla Cristina Mercado de Sala y otros, "Joint Ventures", en "Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones". Publicación bimestral, volumen 1993-A, año 26, número 151/153, enero - junio, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, Pág. 243.

estrictamente comerciales o privadas o tengan, por el contrario, deberes con el público, como ocurre en el caso de un transportista general. Una corporation debe actuar a través de directores o representantes autorizados y ningún miembro, en cuanto tal, puede obligarla. Pero si una corporation fuese miembro de una partnership podría ser obligada por cualquier otro miembro de tal asociación, y al hacerlo éste estaría actuando no como un funcionario o representante de la corporation y en razón de un facultamiento recibido de ella, sino como principal en una asociación en la cual todos son iguales y capaz cada uno de obligar a la sociedad por sus actos. Todo el sistema de la ley al crear y regular las corporations tiende al manejo exclusivo de sus negocios por los funcionarios establecidos y autorizados en sus estatutos. Esta administración debe ser separada y exclusiva y, cualquier acuerdo por el cual el control de los asuntos de la corporation sea desplazado de sus accionistas y funcionarios o representantes autorizados es contrario a la política de nuestra legislación general. El peso de la doctrina está decididamente inclinado en el sentido de que una corporation no tiene capacidad para formar una partnership, ni con otras corporations ni con individuos. La existencia de la partnership no sólo interferiría con la administración de la corporation a través de sus funcionarios regularmente designados, sino que lesionaría la autoridad de los mismos accionistas, e involucraría a la sociedad en nuevas responsabilidades por la acción de representantes sobre los que ésta no tiene control".⁷⁰

El rápido desarrollo industrial trajo como consecuencia que la constitución de corporations dejara de ser un acto de elevada significación política, para pasar a formar parte de los diversos medios comunes de realizar negocios. En dichas circunstancias, la doctrina de los actos ultra vires originó que se produjeran dificultades de gran consideración; por tanto poco a poco dicha teoría fue relegada, ya en virtud del resultado de la amplitud que la práctica actual tiende a

⁷⁰ In re, "Mallory v. Manaur Oil Works", 1888, 86, Tenn. 598. Precedente citado por Sergio Le Pera, Op. Cit., Pág. 53.

dar a la definición del objeto social, ya por la reacción del medio legal, que impide a las corporations y a los terceros invocar la nulidad de un acto porque se halle fuera del objeto social, lo cual sólo daría a los accionistas una acción de responsabilidad contra los administradores por realizar actos contrarios a los estatutos sociales.

La situación antes planteada no se daba al momento de surgir el proyecto de la Uniform Partnership Act, por lo que al agregar a las corporations entre los sujetos que podían constituir una partnership resultaba interesante. Los redactores, al comentar dicho precepto, dijeron que éste no intentaba modificar la situación en ese momento existente, sino sólo señalar que, desde la óptica de una partnership, no había reparos en que una corporation formara parte de ella. Por ello, continúan los redactores, las trabas resultaban de lo prescrito por la ley de las corporations y no de la ley de las partnerships.

A pesar de esta observación, el hecho de que la ley incluyera a las corporations entre los organismos que podían constituir una partnership, ello fue considerado en varios fallos judiciales como una derogación de la antigua prohibición, lo que generalizó su olvido total.

3.1.1 EL "JOINT VENTURE" EN EL SISTEMA JURÍDICO ESTADOUNIDENSE.

A finales del siglo pasado, dos comerciantes estadounidenses, el señor Ross y el señor Willet, acordaron comprar un cargamento de azúcar para revenderlo y dividirse la ganancia que pensaban obtener. De esa manera, el señor Ross compró la mercancía a nombre propio, pero las cosas resultaron mal, porque sólo hasta nueve años después el azúcar pudo ser revendido y sin obtener ninguna ganancia, incluso con un considerable menoscabo. Posteriormente, el señor Ross requirió al señor Willet que contribuyera proporcionalmente con las pérdidas, a lo que éste se negó, entonces el señor Ross acudió ante los tribunales de New York a realizar la correspondiente demanda. Seguidos los trámites, en el año de 1894,

se resolvió lo siguiente: "Insiste el demandado en que ninguna partnership existió entre él y Mr. Ross. Pero una joint adventure es una partnership limitada, no limitada en cuanto a la responsabilidad, según el sentido legal de esta expresión, sino limitada en cuanto a su alcance y duración, y bajo nuestro derecho partnership y joint adventures están gobernadas por las mismas reglas".⁷¹

Dicho precedente no resultó una innovación, pues pocos años antes, en 1887, también un tribunal de New York había empleado las mismas palabras para ventilar un asunto semejante, el cual consistió en el caso "Hubbell vs. Buhler", en donde se dijo lo siguiente: "Es irrelevante si el arreglo hecho por las partes es una joint adventure o una limited partnership (no limitada en el sentido legal, que se refiere a la responsabilidad, sino limitada en su alcance y duración) dado que, bajo nuestra ley, joint adventures y partnership están gobernadas por las mismas reglas".⁷²

Pero, la expresión joint adventure ya se había dado con anterioridad en otros fallos, por ejemplo en el año de 1808: "Hourquebi vs. Girard" y "Lyles vs. Styles" y a partir de allí hasta 1887 se da también en otros fallos similares.

El vocablo joint adventure, tiene su precedente en las organizaciones de los gentlemen-adventurers, los cuales organizaban corporations en el periodo del nacimiento del Imperio Británico con el fin de colonizar nuevos territorios, pero hoy en día se ha abreviado dentro del campo mercantil y judicial al término "joint venture".

Pero, en realidad no se han detallado por los especialistas en el tema las diversas situaciones a las que les asigna el apelativo de joint adventure. Al parecer, basta con decir que ella se asigna a toda "asociación que sería considerada una

⁷¹ "Ross v. Millet", 27, NYS, 785, Idem, Pág. 64.

⁷² Idem, Pág. 65.

partnership de no ser por la limitación de su alcance o propósito a la consecución de una última y final transacción comercial, independientemente de la naturaleza legal de la transacción que a ella se refiere".⁷³

Ahora bien, retomando la cuestión de la prohibición a las corporations de formar parte de una partnership, por la aplicación de la doctrina de los actos ultravires, cabe puntualizar que la forma en que dicha prohibición cayó en desuso no se dio de manera instantánea, sino que se dio cuando los tribunales se toparon con corporations que habían celebrado algún acto calificado como partnership, por lo cual recurrieron, a fin de evitar la aplicación de la doctrina de los actos ultra vires a establecer una distinción o diferenciación. Dicha estrategia consistió en utilizar la expresión joint venture, en donde existe una relación resultante de la coparticipación en un proyecto específico, a la que se le asignan los requisitos de la partnership pero, respecto de la cual, al no denominársele partnership sino de manera distinta, luego entonces el precepto de carácter prohibitivo no es utilizado. Así pues, la discrepancia entre partnership y corporation se derogó cuando la primera de ellas era acotada en su propósito, o sea, era una partnership para un único proyecto en donde la participación se daba para una aventura común de carácter específico.

Dicha distinción tenía hasta cierto punto consistencia, ya que al ser el proyecto para un fin concreto, el riesgo de que la corporation se viera implicada en asuntos que no eran propios de su objeto social se hallaba limitado, por tanto, los tribunales expusieron la solución al tema al decir que, puesto que una partnership formada por corporations no estaba autorizada, cuando ello llegaba a ocurrir entonces debía denominársele "joint venture". Y así se observa en el precedente "Mc. Daniel vs. State Fair of Texas" de 1926 que dice: "Como nosotros entendemos el derecho, una joint adventure, que crearía responsabilidad frente a

⁷³ Meschem F. "The Law of the Joint Adventure", Minnesota Law Review, 1931, citado por Sergio Le Pera, Op. Cit, Pág. 66.

terceros, en razón de la relación existente entre las partes, no es más que una partnership limitada. La única diferencia es que, bajo las mismas circunstancias, esa relación constituida entre individuos sería apropiadamente como una partnership limitada. Si por el contrario una de las partes fuese una corporation, el nombre de partnership limitada cambiaría por el de joint adventure⁷⁴

Un ejemplo de que actualmente ya no existe la prohibición legal para que una corporation forme parte de una partnership, se observa específicamente en el California Corporations Code, "que en su art. 207 expresa: Derechos de la corporación. Sujeta a los límites establecidos en el estatuto y conforme a otras disposiciones de este capítulo y cualquier otra ley aplicable, una corporación tendrá todos los derechos de una persona natural a efectos de cumplimentar sus actividades negociales, incluyendo sin límites el derecho de: [...] h) participar con otras en toda partnership, joint venture u otra asociación, transacción o acuerdo de cualquier clase, ya sea o no que tal participación involucre compartir o delegar el control con otros".⁷⁵

3.1.2 PALABRAS RELACIONADAS CON EL FENÓMENO DEL JOINT VENTURE.

En la Partnership Act de Inglaterra se prevé claramente la hipótesis de una partnership para un proyecto específico y se le denomina "a single adventure" o bien "or undertaken", lo que no ocurre con la Uniform Partnership Act estadounidense. Los ingleses denominan a este tipo de partnership dedicada a un proyecto concreto como "sindicato", pero en la mayoría de los casos dicho vocablo se aplica a los casos de una comunidad de varios bancos o agrupaciones financieras que realizan un préstamo conjunto, siempre bajo la conducción o liderazgo de uno de los partícipes.

⁷⁴ Citado por Sergio Lepera, Op. Cit., Pág. 68.

⁷⁵ Leg. H 1975, ch. 682, aplicable desde el 1 de enero de 1977, ch. 235, California Corporation Code, Amendments Throug 1978. Citado por Horacio Roitman y otros, Op. Cit., Pág. 244.

3.2 DIVERSAS TRADUCCIONES DEL VOCABLO JOINT VENTURE.

El vocablo Joint Venture se encuentra a su vez formado por dos palabras:

Joint: Que significa "Unido. Combinado. Conjunto. Indiviso. En común. Mancomunado"⁷⁶.

Venture: Que significa "Riesgo. Aventura", pero en el lenguaje comercial o mercantil significa "Empresa arriesgada. Negocio. Operación económica que es riesgosa".⁷⁷

3.3 CONCEPTO.

Algunos autores buscan una clasificación y conceptualización de los joint ventures fuera del ámbito tradicional, por lo que tratan de rebasar los argumentos de carácter jurídico o fiscal de que están dotados y buscan dar a conocer conceptos más completos que incluyan elementos más generales, tales como objetivos, sector de actividades o aun la naturaleza de los asociados.

Es necesario recalcar que ha sido erróneo el tratar de que en la práctica jurídica se desarrolle un concepto único o que abarque a la figura del joint venture, ya que ello solo se ha logrado, valiéndose de realizar deformaciones a la realidad y revelar principios falsos que tratan de ser universales para figuras tajantemente disímiles, por lo que lo más conveniente es siempre tratar de elaborar un concepto, procurando evitar las definiciones que traten de envolver en forma total o integral a la figura en estudio, lo ideal es trazar siempre los elementos esenciales o básicos de los joint ventures.

⁷⁶ Cabanellas de las Cuevas Guillermo y otra. Op. Cit., Pág. 340.

⁷⁷ Idem., Pág. 649.

La vaguedad esencial a que se ha hecho referencia líneas atrás, consistente en los diversos sentidos que se le otorgan al joint venture, proviene de la existencia de tres significados elementales de dicha expresión tanto en los Estados Unidos de América, como en general en las relaciones económicas internacionales.

En un principio este término se aplicó, como ya lo vimos, a una figura asociativa derivada de la partnership en donde se diferenciaba de ésta en razón de la limitación de las relaciones entre los partícipes a una operación o negocio ciertos. Dicho concepto podemos clasificarlo como de carácter stricto sensu, ya que existe otro de mayor extensión.

El segundo de los conceptos, se refiere a las diversas maneras de colaboración entre entidades mercantiles independientes, las que acarrearán como consecuencia una integración de naturaleza no total de éstas y en donde cada uno de los participantes contribuye con una fracción minoritaria de sus activos al fin común.

En esta segunda forma de definir a la figura del joint venture, puede dársele nacimiento aprovechando las más diversas formas jurídicas, sean de carácter asociativo o no, incluso se puede afirmar que también puede utilizarse un joint venture en su sentido estricto y original.

Otro de los sentidos dados al vocablo joint venture, se refiere a las empresas formadas por colaboradores de diversos países, también con la característica de que se pueden emplear los más diversos tipos legales. Es claro que, cuando se forma un joint venture con ésta peculiaridad de ser internacional, también lo hace dentro del ámbito de aplicación del segundo de los conceptos enunciados anteriormente. Así pues, la ambigüedad del concepto de joint ventures crece con el hecho de que uno de ellos puede comprender a los restantes, pero, ello no motiva que éstos últimos queden desvanecidos, sino que contrario a lo que pudiere pensarse, el hecho de que se dé nacimiento a un joint venture, tomado en

estricto sentido y original, comprende ciertos efectos jurídicos específicos, de los cuales están carentes las firmas a las que se da el mismo nombre pero que cuentan sólo con las características distintivas de las otras expresiones explicadas líneas atrás.

"Partiendo de (una) definición simple, como herramienta inicial de trabajo podemos decir que Joint Venture es una reunión de fuerzas entre dos o más empresas del mismo o de diferentes países, con la finalidad de realizar una operación específica (industrial, comercial, inversión, producción o comercialización externa)".⁷⁸

"Según Rowley, joint venture es una asociación de dos o más personas para realizar una única empresa comercial con el fin de obtener una utilidad. Aparecen en esta definición dos elementos importantes pero controvertibles: debe tratarse de una "asociación" y debe proponerse obtener una "utilidad".⁷⁹

Le Pera continúa explicando que en las definiciones judiciales, se señalan como elementos de los joint ventures los siguientes:

1. Un carácter ad hoc del proyecto.
2. Contribución de todas las partes y comunidad de intereses de los contratantes.
3. Búsqueda de Utilidad Común.
4. Contribución a las pérdidas.
5. Recíproca facultad para representar y obligar al otro (mutual agency).

⁷⁸ En Thesaurus of International Trade Terms apud Revista CACEX/89. Tomado de Colaiácovo Juan Luis, Daniel Avaro Rubén y otros, "Joint Ventures y otras formas de Cooperación Empresarial Internacional", Ediciones Macchi, Buenos Aires, Argentina, 1992, Pág. 79.

⁷⁹ LE PERA, Sergio, Op. Cit., Pág. 69.

6. Control conjunto de la empresa.
7. Naturaleza fiduciaria del acuerdo.
8. Deber de no - concurrencia de los partícipes.

Por lo que cita al precedente que obra bajo los siguientes datos "Kirkpatrick vs. Smith, 248 P 2d, 534", en donde aparece la siguiente definición: "Puede decirse que joint venture designa a una empresa asumida en común, que es una asociación de empresarios unidos para la realización de un específico proyecto con el propósito de obtener una utilidad que, como las pérdidas, será dividida entre ellos, aunque la obligación de los partícipes de soportar una parte proporcional de las pérdidas o de los gastos puede modificarse contractualmente. Porque se trata de una joint adventure debe haber una contribución de las partes a la empresa común, una comunidad de intereses y algún control sobre lo que es materia de éste o sobre los bienes adquiridos de acuerdo con el contrato".⁸⁰

Por otro lado, Williston, toma en cuenta también a los fallos judiciales, de los cuales concluye su definición así: "Un joint venture es una asociación de personas físicas o jurídicas que acuerdan participar en un proyecto común, generalmente específico (ad hoc), para una utilidad común, combinando sus respectivos recursos, sin formar ni crear una corporation o el status de una partnership en el sentido legal, el cual acuerdo también establece una comunidad de intereses y un mutuo derecho de representación dentro del ámbito del proyecto, sobre el cual cada venturer ejercerá algún grado de control".⁸¹

⁸⁰ Idem., Pág. 70.

⁸¹ "A treatise on the Law of Contracts", N° 318, Pág. 555, citado por Sergio Le Pera, Op. Cit., Pág. 71.

Dentro de esta definición se aborda una interesante diferenciación entre el joint venture y la partnership.

Algunos autores opinan que el concepto de joint venture, además de ser de carácter ad hoc, también cuenta con otra característica muy importante consistente en ser sui iuris, es decir, que dicha figura cuenta con un régimen legal específico, con lo que no tiene que acudir a otras figuras para regularlo.⁸²

Otros doctrinarios, al percibir que no resulta una tarea fácil enumerar, a través de los fallos judiciales, cuáles son las reglas típicas del joint venture que permitan afirmar que dicha figura es diferente a una partnership, han optado por negar cualquier utilidad de sostener el joint venture como un "concepto jurídico".⁸³

Pero, en general se ha dicho que el joint venture aparece como un concepto en desarrollo, que surge cuando los tribunales, en respuesta a diversos problemas de carácter urgente que derivaban de la exigencia de utilizar principios fundamentales del Derecho Común a nuevas formas que nacen en el universo comercial, fueron desarrollando en forma paulatina la denominación de joint venture, la que puede convertirse en una relación jurídica distinta, el joint venture.

En las decisiones de los tribunales estadounidenses puede observarse que se hace referencia a que las reglas de la partnership son en general o en principio válidas para los joint ventures, pero lo más importante es que también se afirma que "el joint venture es una combinación especial de dos o más personas, sean corporativas, físicas o de otro tipo, en la cual se busca obtener utilidad de una

⁸² Cfr. Jaeger, Joint Ventures, en "The American University Law Review", 1960 y Joint Venture. Recent Developments, en "Washburn Law Journal", 1964, vol. 4, Pág. 9 y sig. citado por Le Pera Sergio, Op. Cit., Pág. 71.

⁸³ Menschem, "The Law of the Joint Adventure", publicado en Minnesota Law Review, 1931, Pág. 644, citado por Sergio Le Pera, Idem.

específica aventura pero sin la necesidad de una real partnership o designación corporativa".⁸⁴

Los elementos que pueden hacer que se diferencie al joint venture de una partnership, son los siguientes:

1. La posibilidad ilimitada de participación de las corporations.
2. La reforma de la regulación de que todo partícipe tiene, en principio, facultad para obligar a los demás a los fines del proyecto común.
3. La no - obligatoriedad de participar en las pérdidas.
4. La limitación del principio de no - concurrencia entre los partícipes.
5. La utilización de algunos elementos del Derecho Adjetivo, tales como la action on contract (acción contractual y delectus personae (la oposición de un socio a modificar la integración de la sociedad mediante el ingreso de nuevos socios).

Diversos autores señalan que debe recurrirse a las funciones económicas y empresariales del joint venture, con la finalidad de determinar una definición que contenga a las distintas variantes de esta figura. Como ya se dijo, la palabra "adventure" - en su connotación jurídica - empresa o negocio con un elemento de riesgo, apunta una relación de esfuerzos encaminados a ciertas operaciones determinadas. Distintos tratadistas y fallos se apoyaron en dicha orientación con el fin de distinguir a los joint ventures de las partnership; así a los primeros se les ha llamado partnerships especiales, limitadas o informales, en donde se pone de relieve el que no se acuda a construir una relación estable entre las partes. En el

⁸⁴ Tomado del precedente "Rockett v. Ford", Oklahoma, 326 F 2d 787, en donde remite a otro precedente: "Vilbig Construction Co. v. Whitham", Oklahoma, 1522 F 2d, 916.

mismo sentido, se ha definido al joint venture como "una asociación de empresarios conjuntos para llevar a cabo un único proyecto con propósito de lucro".⁸⁵

De esta definición se desprende un elemento importante, la noción de un proyecto único de carácter empresarial o de una limitación fundamental en el objeto del negocio común, en relación con el de las empresas participantes. Así pues, como ejemplo, tenemos el que haya dos o más empresas que colaboran con una porción de sus activos para formar un nuevo ente con propósitos específicos es lo que destaca a las joint ventures corporations de otras sociedades organizadas bajo el mismo tipo (corporations o la figura que se le equipare, tal como la sociedad anónima en otros países).

Desde una perspectiva estrictamente jurídica, todas las sociedades tienen un objeto limitado, que dimana del contrato social; desde un punto de vista comercial y económico, por el contrario, lo principal es especificar hasta donde la estructura social admite realizar modificaciones y ampliaciones de dicho objeto, además de establecer hasta que punto éste será llevado realmente a cabo. Dicha limitación práctica es una característica más del joint venture en sentido amplio, pero que no resulta suficiente.

Las características, enfocadas desde el ámbito comercial y económico, que se han imputado a las joint ventures corporations también son aplicables como elementos distintivos del joint venture stricto sensu para diferenciarlo de la partnership.

S. Williston⁸⁶ enumera los siguientes elementos esenciales de los joint ventures:

- a) Un contrato, expreso o implícito, entre las partes.

⁸⁵ Hathaway v. Porter Royalty Pool, 296 Mich. 90, 102, 295 N. W. 571, 576 (1941).

⁸⁶ Op. Cit., t. 2, Pág. 563 a 565, citado por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Op. Cit., Pág. 110.

-
- b) Una contribución o aporte de las partes, a la empresa o negocio común, en forma de dinero, propiedades, esfuerzo, conocimientos, habilidad u otros activos.
 - c) Un interés y derechos comunes respecto del objeto de la actividad compartida.
 - d) Un derecho al control y administración común de la empresa.
 - e) Expectativa de ganancias, o la presencia de adventure, como se dijo antes.
 - f) Un derecho a participar en las utilidades.
 - g) Limitación del objeto a una única operación o a una empresa ad hoc.

Como se ve, el último elemento es el que diferencia al joint venture de las partnerships y de otras figuras societarias, en general. Los demás elementos son usuales en la conformación de éstas últimas.

Ahora, pasemos a explicar más detalladamente los elementos o características del joint venture enunciados por Sergio Le Pera y que ya cité anteriormente:

1. El carácter "Ad Hoc".

Consiste en que el joint venture está orientado a un proyecto singular, pero ello no significa imperiosamente una duración efímera, lo que se ha confirmado en los fallos judiciales: "Como regla general los joint ventures son pensados en relación con una específica aventura, una empresa individual, pero no es necesario que esta empresa sea de ejecución inmediata. Lo que es de la naturaleza del joint

venture es que sea limitado a una aventura particular y que no sea general en su operación o duración".⁸⁷

La limitación a que se ha hecho referencia se apreció en con la imposición de un plazo de duración en el contrato, también en una restricción en sus objetivos. Aunque hubo situaciones que contenían una pluralidad de operaciones de naturaleza continua, mismas que también fueron calificadas como joint venture.

2. Contribuciones y Comunidad de Intereses.

Para que surja al mundo jurídico un contrato de joint venture, es necesario que quienes participan en él efectúen una contribución al esfuerzo común. Dicha contribución puede consistir en bienes derechos o dinero, así como la aportación en industria o, incluso, en el tiempo invertido en la ejecución del proyecto.

Todo ello debe ser conjuntado de tal forma que por ellas germine una "comunidad de intereses". De ello también hay constancia en los precedentes judiciales: "la investigación final debe dirigirse a determinar si las partes han unido sus bienes, intereses, habilidades y riesgos de tal manera que sus respectivas contribuciones se han unificado para los fines de una aventura en particular, y los entrecruzados bienes e interés han sido aportados en la confianza de que cada uno de ellos actuará para beneficio común, y como motivación para que lo hagan".⁸⁸

3. Búsqueda de Utilidad Común.

Este requisito por lo general se da en todos los joint ventures, pero existe la excepción de las denominadas mining partnerships y los joint operating agreements.

⁸⁷ "U. S. v. Standard Oil of California", 1957, 155 F. 121.

⁸⁸ James vs. Herbert, 149 Cal., 171, F 2d, 101.

4. Contribución a las Pérdidas.

Los fallos judiciales han dicho que no es substancial para la existencia de un joint venture que los partícipes convengan en compartir las pérdidas, incluso éstos pueden acordar que todos participen en las utilidades pero que sólo algunos de ellos sufran las pérdidas. Hay que recalcar que el acuerdo por el que se decide que uno de los partícipes no participará en las pérdidas no es oponible a terceros, de tal manera que por lo que toca a la responsabilidad no existe diferenciación entre la partnership y joint venture.

5. Recíproca facultad para representar y obligar al otro (Mutual Agency).

Del mismo modo que en las partnerships, como regla general cada partícipe obliga con sus actos a los demás para con terceros. De nuevo, así se reconoce en los precedentes judiciales: "cada uno de los joint ventures tiene facultad para obligar a los otros y sujetarlos a responsabilidad frente a terceros en cuestiones que estén estrictamente dentro del ámbito de la joint enterprise. Así, un miembro del joint venture puede obligar a sus asociados, sean ocultos o no, por los contratos que sean razonablemente necesarios para llevar adelante el negocio".⁸⁹

No obstante, también algunos tribunales se pronunciaron por la postura opuesta, lo que daría como resultado que surgiera una significativa diferencia con la partnership.⁹⁰

Lo que se puede afirmar es que en tratándose de los joint ventures el principio de la representación recíproca tiene cortapisas importantes.

⁸⁹ "Rae v. Cameron", 114 2d, 1060.

⁹⁰ "Wren v. Moskin", 235 N. Y. S. 405.

6. Control Conjunto de la Empresa.

Cada joint venturer o miembro, tenga o no la facultad de administrar la operación y obligar a sus copartícipes, debe tener alguna forma de mando y conducción sobre el proyecto aunque ceda el ejercicio de dicho mando y control en los demás miembros del proyecto. Así lo reconocen los tribunales: "Aunque una posición igualitaria y control conjunto de la empresa es esencial para un joint venture, uno de los partícipes puede delegar el control real de la operación en el otro, y todavía seguiría siendo un joint venturer".⁹¹

Otras características:

Puede darse el caso de que un joint venture no se disuelve por la muerte de uno de sus integrantes y que en dicho supuesto no sería preciso que los copartícipes se reserven el derecho de rechazar a nuevos miembros (*delectus personae*), ya que dicha prerrogativa se encontraría sobreentendida; ello aunado a que el joint venture sólo daría a sus miembros una acción para ejercer entre sí denominada "fundada en el contrato", en tanto que una partnership daría una acción "de equidad", con la que se puede demandar una rendición de cuentas.

Sin embargo, las Cortes han admitido a la petición de rendición de cuentas entre joint venturers cuando el asunto planteado era de suma complejidad.

7. La Naturaleza Fiduciaria del contrato de Joint Venture.

A principios de siglo, se dio un caso muy interesante que tuvo que ser ventilado por la Corte, el señor Salmon arrendó por veinte años un hotel situado en la ciudad de New York denominado "Bristol". Dicho inmueble requería de determinada inversión para remodelarlo por lo que el señor Salmon celebró un

⁹¹ "Shell Oil Co. v. Prestidge", 249 F 2d, 413.

acuerdo con el señor Meinhard en el que se convino que éste contribuiría con el cincuenta por ciento del capital necesario para la marcha del hotel; los participes se distribuirían los dividendos y los perjuicios, pero quien administraría el negocio únicamente sería el señor Salmon.

Próximo a concluir el periodo pactado de arrendamiento, Salmon, sin notificar ni convocar a Meinhard, también tomó en arrendamiento varios lotes contiguos al hotel para lo cual contrató a través de una sociedad unimembre de su propiedad, con el fin de obtener una buena ganancia con la valorización de dichos inmuebles derivada de su cercanía con dicho hotel, el cual había tenido un gran auge.

Finalmente, en el año de 1928, la Corte reconoció a Meinhard el derecho a la mitad menos una de las acciones de la sociedad constituida por Salmon de la cual se valió para arrendar los lotes citados. El texto de la resolución dice así: "Los joint adventurers, al igual que los partners, se deben uno al otro, mientras la empresa continúa, el deber de la más delicada lealtad. Muchas formas de conducta permisibles en el mundo cotidiano para aquellos que actúan sin ninguna especial vinculación entre sí están prohibidas para aquellos atados por lazos fiduciarios. No solamente honestidad, sino también el puntillo del honor más delicado es aquí una pauta de conducta. A este respecto se ha desarrollado una tradición que es continua e inveterada. Una rigidez sin compromisos ha sido la actitud de las Cortes de equidad cuando se les ha pedido que debiliten la regla de total lealtad mediante la erosión desintegradora de excepciones particulares. Sólo así las pautas de conducta para los fiduciarios han sido mantenidas en un nivel más elevado que aquél por el que transitan las multitudes. Y ese nivel no será disminuido por ninguna decisión consciente de esta Corte".⁹²

⁹² "Meinhard v. Salmon", 249 N. Y. 458, 164 N. E. 545.

8. El deber de no - concurrencia.

El deber de no concurrencia entre los partícipes de un joint venture, es decir que se deben otorgar entre sí la más estricta lealtad, sólo opera en tratándose del negocio para el cual se han comprometido, pero conservan la facultad de incursionar y competir en otras transacciones para las cuales no se vincularon, lo que de hecho así se da. Aquí surge otra diferencia en relación como en la partnership se toma el deber de no concurrencia.

Otros autores, como Linklaters & Paines⁹³ nos muestran también los elementos esenciales que concurren en todo joint venture, quienes intentan evitar la riqueza de detalles, ya que consideran que el examen de la jurisprudencia inglesa, por ejemplo, no se presta para elaborar listas muy genéricas. Al efecto, elaboraron dos listas, la primera aplicable dentro del ámbito inglés:

- a) Búsqueda de un objetivo comercial común, en donde las partes pueden tener cometidos, intereses y funciones diferentes pero convergentes;
- b) Poder de regateo que permite un sistema de control y equilibrio que asegura a una parte menor o menos poderosa, mayor poder que el de un simple accionista minoritario de una empresa inglesa;
- c) Partición de los riesgos y recompensas, en que la formulación es más amplia porque no siempre los beneficios para los joint ventures podrían ser tasados en términos de ganancias o pérdidas.

⁹³ "Joint Ventures", London, 1990, editorial Longman, Pág. 2 a 5, citado por Juan Luis Colaiacovo, Op. Cit., Pág. 80.

La segunda lista propuesta para los elementos fundamentales de los joint ventures, es, según sus autores, aplicable a la práctica norteamericana:

- a) Emprendimiento único;
- b) Derecho conjunto al control;
- c) Partición de ganancias y pérdidas.

Por su parte, el autor brasileño Luis Olavo Baptista⁹⁴ elabora su lista de los elementos aplicables a los joint ventures internacionales con base en la jurisprudencia norteamericana:

- a) El origen o carácter contractual, con ausencia de forma específica;
- b) La naturaleza asociativa;
- c) El derecho de los partícipes a la gestión conjunta;
- d) El objetivo o duración limitados.

⁹⁴ "Uma introdução às Joint Venture, Vox Legis, Vol. 169, Jan. 83, Pág. 38, citado por Juan Luis Colaiacovo, Idem., Pág. 80.

3.3.1 EL CONCEPTO DE JOINT VENTURE LATO SENSU.

El término joint venture, en la extensión amplia con la que generalmente se le emplea en el ámbito jurídico estadounidense e internacional, se refiere al instrumento del análisis económico y empresarial, que se utiliza por los especialistas jurídicos cuando aluden a organismos de muy diverso status legal. El uso del vocablo joint venture sin tomar en cuenta sus connotaciones extrajurídicas así como su ambivalencia legal ha dado como resultado que se incurra en continuos desaciertos en el estudio de esta figura.

Algunas definiciones referentes al joint venture se muestran inapropiadas, dada su desmesurada extensión, ya sea visto desde el enfoque económico - empresarial o desde el punto de vista estrictamente jurídico; por ejemplo, T. W. Tomlinson⁹⁵ nos dice que es: "el compromiso, con una duración no muy corta, de (aportar) fondos, instalaciones y servicios, por dos o más intereses legalmente separados, a una empresa, para su mutuo beneficio".

Al analizar dicha definición, se puede observar que ésta podría comprender a todo tipo de sociedad, por lo que desborda el ámbito de aplicación normalmente proporcionado al concepto joint venture; no obstante, se puede aplicar a los denominados "joint international business ventures", o sea, al tercero de los significados descritos líneas arriba, con la condición de que se comprenda la existencia de partícipes de diversas nacionalidades, con lo que quedaría acotada la definición.

⁹⁵ "The joint venture process in international business. India and Pakistan", Cambridge, 1970, Pág. 8, citado por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Op. Cit., Pág. 107.

Así también, Xavier Ginebra Serrabou da la siguiente definición: "Las alianzas estratégicas o joint ventures en sentido amplio son contratos celebrados entre dos o más empresas por el cual integran parcialmente operaciones o actividades que forman parte de su actividad empresarial, a través de la puesta común de recursos, bienes o dinero, de manera estable y duradera, para mejorar su situación competitiva y participando de manera conjunta y proporcional en los resultados de la explotación. Desde una óptica económica, podemos decir que una alianza estratégica es el contrato por el que dos o más empresas, conservando su independencia jurídica y económica, coordinan en forma estable uno o varios escalafones y/o actividades de la cadena del valor con otra empresa".⁹⁶

Cabanellas de las Cuevas y Kelly⁹⁷ opinan que la mayoría de las definiciones expresadas en las resoluciones judiciales, aluden al joint venture tomado en su sentido estricto y, por ende, implican un obstáculo considerable si se les intenta difundir a los joint ventures en general. Por ejemplo, se dice que existe un joint venture cuando: "dos o más personas combinan su dinero, propiedad o tiempo en el ejercicio de una determinada línea de comercio, o para un negocio en particular, acordando compartir las ganancias y las pérdidas en proporción al capital contribuido".⁹⁸

Esta definición asocia en efecto, el tipo de joint venture que se derivó de las partnerships, o sea el concepto original en stricto sensu, aunque omite incluir a las joint venture corporations, que son aquellas aptas de contener una extensa capacidad de propósitos y duración similar a cualquier sociedad anónima y, también excluye a los "non - equity joint ventures", que son aquellos que no adoptan formas asociativas.

⁹⁶ "Las Alianzas estratégicas o joint ventures y el derecho de la competencia". En Revista de Investigaciones Jurídicas. Año 21, N° 21, México, 1997, Escuela Libre de Derecho, Pág. 189.

⁹⁷ Op. Cit., Pág. 107.

⁹⁸ "Freedamm v. Industrial Accident Comm.", 67 Cal. App. 2d 629, 154 P. 2d 922 (1945) y otros precedentes.

Es necesario recalcar que, no existen elementos jurídicos determinantes que sean comunes y que comprendan a los diversos tipos de joint ventures, tomando la expresión en sentido lato. "Las sociedades anónimas, los joint ventures en sentido estricto, asimilables a las partnerships y los joint ventures contractuales, que carecen de carácter asociativo, no pueden ser subsumidas en una única categoría jurídica, salvo la irrelevante indicación de que todas las joint ventures hallan su origen en un contrato."⁹⁹ Por tanto, debe acudirse a otros elementos de carácter metajurídico, tales como las funciones económicas y empresariales de los joint ventures, por la razón de que con ellas se puede determinar una definición que abarque a los diversos tipos de la figura en estudio.

Las principales características que nos permiten distinguir al joint venture son las siguientes:

1. Una relación de esfuerzos dirigidos a ciertas operaciones determinadas. Esta característica nos permite diferenciar al joint venture de la partnership, de tal modo que a los primeros se les ha llamado como partnerships "especiales", "limitadas" o "informales", con lo que se hace referencia a que no existe una relación estable entre los copartícipes.
2. La idea de un proyecto único o de una limitación sustancial en el objeto del negocio conjunto, en relación con el de las empresas participantes. Los fallos judiciales han dicho que un joint venture es: "una asociación de empresarios conjuntos para llevar a cabo un único proyecto con propósito de lucro".¹⁰⁰ Así, la existencia de dos o más empresas que aportan una parte de sus bienes a un nuevo ente que cuenta con propósitos específicos, es lo que diferencia a los

⁹⁹ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo y otro, Op. Cit., Pág. 108.

¹⁰⁰ Hathaway vs. Porter Royalty Pool, 296 Mich. 90, 102, 295 N. W. 571, 576 (1941).

joint ventures corporations de otras formas asociativas organizadas bajo el esquema de corporation o alguna otra equiparable, como la sociedad anónima en nuestro sistema jurídico. Los partícipes son anteriores, como empresas, al joint venture; cuentan con otras líneas de operación, otras funciones económicas y otros objetivos, amén de los respectivos fines propuestos para la nueva empresa conjunta que pudiera utilizarse como un suplemento de las empresas ya existentes y que son propiedad de los copartícipes. Para que quede más claro, pudiéramos pensar en el caso hipotético de que la totalidad de los activos de una empresa ya establecida fueran transmitidos por una que se crea en conjunto con otros partícipes. En este caso, no estaríamos ante la presencia de un joint venture, sino pudiera tratarse de una fusión o de la formación de una sociedad controladora o holding. Es ahí donde reside la limitación existente sobre el ámbito de las operaciones de un joint venture.

3. Es una empresa reservada para actividades concretas y predeterminadas, relacionadas de modo unívoco a las concernientes a cada uno de los partícipes. Como ya se dijo, las actividades que serán desarrolladas por el nuevo ente comercial deben estar en concordancia con las operaciones propias de todos y cada uno de los joint venturers. Así también, los partícipes deben de retener para sí una parte de sus activos, con la finalidad de que sigan realizando sus actividades comerciales en forma correlativa al joint venture, o una vez agotado el objeto de éste.

3.3.2 EL NON - EQUITY JOINT VENTURE O CONTRACTUAL.

Un joint venture "puede formarse a nivel puramente contractual sin adquirir personalidad jurídica propia, distinta a la de sus miembros... La joint venture contractual puede ser constituida de un acuerdo base y varios acuerdos satélites; por ejemplo, contratos de prestación de servicios y asistencia técnica, autorización de patentes y marcas, etc."¹⁰¹

Es importante recalcar una y otra vez, que las desconfianzas y diversas dificultades que surgen por la utilización de las más diversas formas societarias para la organización de vínculos comerciales que conforman joint ventures, especialmente en los países europeos y latinoamericanos, han causado que se recurra, con tal objeto, a las más variadas figuras jurídicas y a la adopción de posiciones totalmente polarizadas entre sí. El empleo de mecanismos contractuales que corresponden a diversos tipos que establecen relaciones innominadas complica de gran manera el análisis del joint venture contractual para su estudio jurídico.

La expresión joint venture se aplica a menudo a negocios en la que los participantes persiguen un propósito común, mediante la ejecución de contratos que no crean de manera directa ni ponen de manifiesto una relación asociativa entre dichos participantes. Por lo general, se trata de contratos de cambio, los cuales forman parte de un negocio más elaborado que conjunta a las partes, en el que no aparece de ninguna manera algún contrato que de nacimiento a una sociedad. Con tal fin se utilizarán, en lugar de un contrato asociativo, otros tales como los de licencia y transferencia de tecnología, arrendamiento, contratos mineros, compraventas, o la combinación de éstos y otras estipulaciones.

¹⁰¹ COLAIACOVO, Juan Luis y otros, Op. Cit., Pág. 89.

Sin embargo, se debe tener cuidado de no incurrir en la equivocación, que en la teoría y en la práctica se da, de afirmar que un negocio calificable de joint venture no cae dentro de un esquema tipificado como una relación societaria sólo por que las partes hayan optado por emplear contratos que desde un punto de vista formal tienen una naturaleza no asociativa. Se da el caso de que los abogados, al redactar el contrato, declaran expresamente que no se configura una sociedad entre las partes, lo cual bajo un sistema jurídico como el argentino, no producirá efectos, toda vez que inexorablemente se le calificará como una relación societaria. Ello se ve en el artículo 1º de la Ley de Sociedades Comerciales y en el 1648 del Código Civil de dicho país, en donde se adopta una definición marcadamente amplia del concepto "sociedad" por lo que "el tipo elegido formalmente por las partes no puede evitar la configuración de una sociedad de hecho, irregular o atípica, si se dan las condiciones propias de estas figuras."¹⁰²

3.3.3 EL EQUITY JOINT VENTURE

Por otro lado existe la figura denominada Equity Joint Venture, que es aquella que culmina en la constitución de una empresa, lo que generalmente se da bajo el orden jurídico del país receptor. La relación que se da entre los socios del Joint Venture resulta diferente, fundamentalmente porque concurren las siguientes características:

- a) Existe una estructura corporativa así como una reglamentación de las actividades en el seno de una sociedad.
- b) Los asociados participan en todas y cada una de las etapas del proceso constitutivo de la sociedad, la cual contará con sus estatutos y registros necesarios dependiendo del país receptor.

¹⁰² CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo y Julio Alberto Kelly, Op. Cit., Pág. 119.

c) Con anticipación, se realizará una selección, si esta permitido por las normas del país local, acerca del tipo de sociedad que será constituida.

3.3.3.1 ORGANIZACIÓN Y ELABORACIÓN DEL ACUERDO BASE.

Primeramente resulta necesario que lo socios que formaran parte del Joint Venture recolecten de manera previa y analicen todas las cuestiones relevantes apoyados en todo momento por los grupos que lleven a cabo la negociación.

Todos los documentos relacionados con el negocio deben estar preparados junto con el programa definido antes de que se realice la redacción del instrumento definitivo.

Para proceder a la elaboración definitiva del contrato, además de las cláusulas típicas existentes en todo contrato, hay tópicos de carácter obligatorio en cualquier acuerdo base:

1. - Preámbulo o considerandos;
2. - Calificación de las partes;
3. - Objeto;
4. - Valor de la inversión proyectada;
5. - Naturaleza de las contribuciones de las partes;
6. - Referencia a acuerdos complementarios (exportación, patentes, asistencia técnica, entre otros);
7. - Esquema de poder (el órgano de administración, los quórum, etc.);

8. - Verificaciones y auditorías;

9. - Solución de disputas;

10. - Otros principios:

a) No - competencia, lealtad;

b) Aspectos tributarios.

En tratándose de la figura de Equity Joint Venture, además:

1. - Acuerdo de accionistas;

2. - Estatuto.

3.3.3.2 NEGOCIACIÓN.

Aspectos preliminares:

1. - Diferencias de los fundamentos culturales, jurídicos y lingüísticos;

2. - Lenguaje de las negociaciones;

3. - Permisos y autorizaciones necesarios en el país receptor.

3.4 CLASIFICACION Y TIPOS DE JOINT VENTURES

Las formas más conocidas y frecuentes en la clasificación internacional de la figura en estudio son las siguientes:

3.4.1 DESDE EL PUNTO DE VISTA LEGAL Y ORGANIZACIONAL.

En el ámbito internacional se distinguen de forma habitual dos tipos de Joint Ventures entre inversionistas de diferentes países:

- a) Los Joint Ventures societarios o de capitales (Equity Joint Venture);
- b) Los Joint Ventures contractuales (Contractual o Non - Equity Joint Venture).

A los Joint Venture societarios se les ha definido como una empresa en la cual dos o más partes, que representan a uno o más países desarrollados y a uno o varios países en vías de desarrollo, comparten los riesgos financieros y la toma de decisiones por medio de una participación conjunta de capitales de una empresa común.

Por otro lado a los Joint Ventures contractuales se les ha definido como la empresa en la que se comparten riesgos pero no se forma una sociedad conjunta con personalidad separada, en la cual los socios tengan acciones de capital proporcionales a su inversión.

Así mismo, los Joint Ventures societarios son los que contienen una inversión de riesgo, son emprendimientos conjuntos permanentes, es decir, no tienen una temporalidad y acarrear la constitución de un nuevo ente societario.

Por su parte, en el Joint Venture contractual los partícipes no establecen una nueva empresa compartida para llevar a cabo su objeto, tampoco acuerdan la distribución entre ellos de una empresa existente. Así también, las relaciones jurídicas internas que se dan entre las partes, así como las de éstas con terceros, son estructuradas y reguladas sobre una base contractual, por lo que dichos acuerdos no implican de manera alguna la constitución de un nuevo ente societario, por lo que puede existir cooperación empresarial, industrial o tecnológica, pero cada partícipe conserva su autonomía societaria.

3.4.2 DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL TIPO DE CONTRATO O ACUERDO DE LAS PARTES.

Bajo esta clasificación los Joint Ventures se distinguen conforme a lo siguiente:

- a) Para proyectos manufactureros;
- b) Para las industrias extractivas;
- c) Para la industria de la construcción;
- d) Para proyectos comerciales;
- e) Para investigación y desarrollo;
- f) Para actividades financieras;
- g) Para prestación de servicios.

Cuando se da el caso de un Joint Venture para las actividades de fabricación o industrialización de bienes, generalmente se utiliza la figura del Equity Joint Venture, toda vez que hay que dar nacimiento a una sociedad, aunque a veces, también se utilizan los acuerdos contractuales.

Así también, los socios se distribuyen las utilidades o soportan las pérdidas de acuerdo a sus niveles de participación societaria o aportaciones.

En el caso de las Joint Ventures para las industrias extractivas, el objetivo no reside en distribuirse utilidades o pérdidas, sino que está encaminado a la obtención y posterior distribución de producción en especie, o sea, que la comercialización posterior corre por cuenta y riesgo de cada uno de los participantes.

Cuando aparece el Joint Venture de construcción, al cual también se le denomina Consorcio de Construcción, los partícipes se distribuyen entre sí determinados trabajos, negociando el nivel de ingresos brutos para cada uno de ellos. Sin embargo, si cada participante tiene utilidades o pérdidas por su participación, ello es un problema que no es de la incumbencia de los demás socios. En este tipo de Joint Venture resalta la figura de un "team leader" o coordinador que se encarga de asignar cada una de las actividades y funciones a los miembros del grupo.

Este tipo de acuerdo, que tiene todas las características de un Non - Equity Joint Venture, se utiliza frecuentemente en la construcción de obras completas, plantas entregadas bajo la condición llave en mano y obras bajo condición B. O. T. (Built Operate and Transfer; Construcción, Operación y Transferencia).

Por su lado, el Joint Venture para proyectos comerciales, no implica el desarrollo de una actividad manufacturera industrial, pero sí puede desarrollar la producción o prestación de un servicio o una actividad comercial, por ejemplo la creación de un Joint Venture para exportación o distribución, la generación de software, la

comercialización de paquetes turísticos o el rodaje de una coproducción cinematográfica. A menudo, este tipo de Joint Venture se desarrolla bajo la forma contractual o Non - Equity Joint Venture.

Por lo que respecta a los Joint Venture de investigación y desarrollo, los mismos tuvieron un considerable auge durante la década de los años ochenta. Por lo general, implican la unión de dos o más empresas para desarrollar nuevos productos, así como tecnología de punta con el objeto de su posterior explotación económica.

Otra característica es que los socios acuerdan que si la inversión genera un desarrollo con tecnología novedosa, útil y que reporte beneficios en términos económicos obtendrán ganancias, dado que podrán comercializar los derechos de propiedad industrial a terceros, o bien ellos mismos - o uno de ellos - comenzarán un proceso productivo basado en la nueva tecnología.

Si por el contrario, no se logra algún desarrollo tecnológico importante, los participantes habrán sufrido una pérdida.

Generalmente para este tipo se conforman Joint Venture societarios (Research and Development Limited Partnerships), pero también se han dado casos de acuerdos meramente contractuales.

En tratándose de actividades financieras, tanto los bancos como otras entidades de crédito, suelen dar nacimiento a Joint Ventures para determinados objetos, en donde el préstamo sindicado resulta el más usual, en el que uno de los Bancos participantes asume la figura de coordinador, en forma similar al de los consorcios de construcción, quien es quien organiza el grupo de bancos, obtiene los fondos de ellos y realiza el proceso de negociación frente al acreditado.

Por último, por lo que se refiere a la materia de prestación de servicios, suelen organizarse Joint Ventures bajo la forma contractual. En algunas ramas de servicios, estos acuerdos son comunes, como por ejemplo los "Joint Container Service" en el transporte marítimo.

3.4.3 DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL PAPEL QUE DESEMPEÑAN LOS SOCIOS.

Esencialmente, se diversifica en tres géneros:

- a.) Joint venture con un socio dominante o líder, el cual significa que el negocio está fundamentalmente dominado o controlado por una de las partes, que juega un rol activo, en tanto que la otra parte tiene un rol pasivo.
- b.) Joint ventures de administración y operación compartida (shared management joint venture), en donde ambas partes juegan un rol activo en la administración y la gestión de la empresa.
- c.) Joint ventures independientes, por lo general, ninguno de las partes toma un papel activo. La toma de decisiones, la administración y operación de la empresa recae en manos de un gerente general, que ordinariamente no proviene de ninguno de los contratantes, aunque se puede dar esa posibilidad.

3.5 UTILIDAD DEL CONTRATO DE JOINT VENTURE.

"La falta de capacidad de la economía argentina –y en general de los países subdesarrollados- para resolver los problemas de un desarrollo sostenido, ha necesitado constantemente –por los menos en las dos últimas décadas- la presencia permanente de capitales extranjeros"¹⁰³

En efecto, en la mayoría de los joint ventures que se celebran, los socios son de diferente nacionalidad que utilizan dicho contrato para participar conjuntamente en negocios. De la misma forma, en el ámbito interno, los factores económicos de las empresas locales de México no alcanzan para llevar a cabo sus proyectos ya sea industriales, comerciales etc., de lo que resulta que en ocasiones tengan que unificar sus esfuerzos para lograr alguna finalidad que llevarlas a cabo por sí solas les resultaría materialmente imposible.

La participación conjunta en el emprendimiento de negocios, que en nuestro país es poco frecuente verlo, en los países desarrollados de origen anglosajón y de la Europa occidental se ha dado desde principios de siglo, por lo que la conjugación de esfuerzos destinados a un fin común se le toma como algo bastante normal.

La necesidad histórica de desarrollo que ha vivido el país, la cual seguirá creciendo en los pocos años que quedan del presente siglo, va a exponer lo que para nosotros resulta novedoso, diversas formas de realizar negocios jurídico – económicos en común, las que se desarrollaran entre una gran cantidad de disposiciones legales que entorpecerán su desarrollo, debido a la inadecuación de nuestro sistema jurídico actual, así como las inmovilizadas empresas que se desenvuelven en la vida económica nacional.

¹⁰³ GHERSI, Carlos Alberto. "Contratos Civiles y Comerciales", Parte General y Especial, Figuras Contractuales Modernas, Edit. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Argentina, 1990, Pág. 513.

Los problemas que tal vez afectan más a nuestras empresas son la escasez de recursos y el atraso tecnológico, lo que da como resultado que la economía sufra de los mismos achaques, de ahí que sí se recurre a la figura contractual en el presente trabajo estudiada y, se aportan bienes y servicios en una armonización de voluntades, podrían lograrse grandes resultados.

Ahora bien, las ventajas para el participante local así como para su país son, entre otras:

1. - Esta figura permite canalizar parte de los provechos originados de la nueva empresa a favor de factores productivos del país receptor.
2. - Los joint ventures internacionales coadyuvan en la creación de una clase empresarial en el país receptor, capaz de captar tecnologías y métodos operativos modernos.
3. - El contrato puede evitar la formación de "economías duales" en el país huésped, es decir, la existencia de sectores enfocados principalmente al comercio exterior, relativamente modernos y capitales intensivos, al lado de una economía de subsistencia, infracapitalizada, inoperante e incapaz de absorber nuevas tecnologías, en la que la mayoría de la población es la mano de obra.
4. - La creación de empresas conjuntas con inversores nacionales, ya sea del sector público o privado, reduce la desconfianza de que la inversión extranjera se convierta en un instrumento de dominación económica, política o cultural.
5. - La inversión nacional puede ser tomada como un medio para conseguir una distribución más equitativa del poder económico, por ejemplo, fomentado las operaciones bursátiles en las empresas en las que se efectúen inversiones extranjeras.

6. - Se estimula la participación del capital local en actividades productivas.
7. - La formación de negocios en común, puede brindar al gobierno del país huésped instrumentos jurídicos para asegurar un control más eficaz de las actividades de los inversores extranjeros.
8. - Se puede obtener una tecnología de punta.
9. - Incrementar el capital necesario para el negocio común, a través de la inversión extranjera.
10. - La creación de nuevos negocios.
11. - El aprendizaje de nuevas técnicas, más avanzadas en todos los rubros de la empresa.
12. - La compra de maquinaria a precios más accesibles.
13. - La aptitud de exportar.

Por otro lado, las razones que hacen que la parte extranjera invierta en nuestro país a través de la celebración de un joint venture, pueden ser:

1. - La participación local puede apoyar para eludir limitaciones en el capital disponible para el inversor extranjero.
2. - Para el caso de empresas altamente riesgosas, el inversionista extranjero puede distribuir el área de la operación con otros inversionistas, a cambio de obtener menos utilidades, en caso de éxito.

-
3. - Los inversionistas locales pueden facilitar las relaciones con las autoridades, el público y las fuerzas políticamente influyentes.
 4. - El participe local puede tener mayor conocimiento de la situación en tratándose de mercados laborales y comercialización, en el país huésped.
 5. - La participación local puede ser una condición para efectuar operaciones con organismos estatales o suscribir distintos tipos de contratos con éstos.
 6. - Determinadas materias primas, recursos naturales, patentes u otros elementos básicos para impulsar a la empresa recién formada pueden estar en poder de terceros, que exijan una participación en aquélla como condición para proveerlos.
 7. - El deseo de explotar nuevos mercados.
 8. - La necesidad de adecuarse a las reglas económicas del país huésped, ya que las normas locales que rigen a la inversión extranjera exigen que en los nuevos negocios participen y tengan intervención empresas del país huésped, como se ve en el artículo 7º de la Ley de Inversión Extranjera, el cual establece los porcentajes máximos en los cuales pueden participar los inversionistas extranjeros.
 9. - La adquisición de materia prima a muy bajos costos.
 10. - El deseo y el interés de compartir el riesgo económico de las nuevas empresas y aprovechar la experiencia y conocimientos del inversionista local, por encontrarse en su propio mercado.
 11. - Tener una base para exportar en la región.
 12. - Vender tecnología al joint venture.

Como conclusión, podemos decir que "el joint venture nace como un medio útil para captar capitales extranjeros, sobre todo en países que requieren resolver los problemas de un desarrollo constante, pues a través del joint venture una determinada economía tiene la posibilidad de captar capitales extranjeros"¹⁰⁴

3.6 FIGURAS AFINES.

3.6.1 CARTA DE INTENCIÓN (LETTER OF INTENT).

En torno al contrato de joint venture, es usual que giren otra clase de acuerdos que, nacidos también del tráfico comercial estadounidense, se utilizan para fines análogos o conexos al contrato objeto del presente trabajo.

La carta de intención se crea, formalmente, cuando se expide un documento que contiene la clara intención de celebrar un contrato, constituir una sociedad o una asociación, confirmar el interés en adquirir determinado bien, ya sea tangible o intangible, señalar las particularidades en que se celebrará un contrato. Al ser una carta, habitualmente se remite a una futura contraparte y únicamente contiene la firma de quien elabora el documento. Algunas veces, bajo esta figura se convienen negocios que firman dos o más partes. En el Derecho Internacional y, especialmente en Francia, esta figura recibe el nombre de "protocolo de acuerdo".

No debe confundirse con el contrato de joint venture, toda vez que la diferencia es clara y, consiste en que la carta de intención es un instrumento previo para posteriormente celebrar un contrato definitivo.

¹⁰⁴ BERDEJA PRIETO, Agustín, "Marco Jurídico del Convenio de Co Inversión (Joint Venture)". Conferencia dictada en la Barra Mexicana Colegio de Abogados, 16 de oct. de 1996. Pág. 1.

La única referencia sobre la carta de intención que se encontró al buscar en la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de nuestro País, fue una que surge a raíz de la problemática dada entre los bancos y los miles de deudores después de la recesión de 1995. El concepto manejado en dicha tesis es distinto del que se describe líneas arriba, toda vez que se refiere a la firma de un documento elaborado para convenir el pago de un crédito, o sea que se refiere a una especie de convenio para modificar o extinguir una obligación y no para crearlas: ¹⁰⁵

“Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Epoca: Novena Epoca.

Localización:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

Parte: III, Mayo de 1996

Tesis: II. 1º C. T. 48 C

Página: 602

Rubro:

CARTA DE INTENCION. LA FIRMA DE, NO INTERRUMPE EL DICTADO DE UNA SENTENCIA MERCANTIL.

Texto

Es infundado el argumento que califica de indebida la sentencia de segunda instancia, porque se suscribió una carta de intención, con un banco, para acogerse al beneficio de la tregua judicial instrumentado (así), pues ese acto no impide a los juzgadores cumplir con sus obligaciones, vinculadas con la resolución de la litis, dado que la decisión de las controversias es de orden público y por ende no suspendible, en términos de lo establecido en el artículo 1342 del Código de Comercio, en relación con el 448 del ordenamiento procesal civil del Estado de México, de aplicación supletoria. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS CIVIL Y DE TRABAJO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

¹⁰⁵ Supra: Nota 40.

Precedentes

Amparo directo 1321/95. Circuitos Impresos de Toluca, S.A. de C.V. y otra. 16 de enero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Salvador Bravo Gómez. Secretario: José Fernando García Quiroz*.

3.6.2 PACTO DE CABALLEROS (GENTLEMEN'S AGREEMENT).

Esta figura representa un compromiso entre las partes y debe considerarse del modelo general del convenio establecido por los artículos 1792 y 1859 del Código Civil para el Distrito Federal. La voz pacto, como sinónimo de convenio, se utiliza con regularidad en nuestra legislación, con lo que basta darle una lectura, por ejemplo, a los artículos 1796, 2301 y 2312 del Código anteriormente citado.

El pacto de caballeros es un acuerdo celebrado de buena fe, con apoyo en la confianza mutua que las partes se reconocen, por lo que tiene la naturaleza de ser *intuitu personae*, ya que se toman en cuenta las características personales y subjetivas de los contratantes.

Los pactos de caballeros tienen su antecedente remoto en el Derecho Romano, aunque a veces no tengan ninguna similitud con los antiguos pactos adjectos, que son a su vez una derivación de los pactos vestidos. Los adjecta o adjectas eran los que debían celebrarse en un mismo acto con el contrato (*in continenti* y no *ex intervallo*), para que la autoridad pudiera considerarlos como un contrato de buena fe.¹⁰⁶

Estos pactos son frecuentes para acuerdos entre accionistas que buscan el dominio de una sociedad o un grupo de empresas, o bien, para comprometer el derecho de voto de ciertos accionistas. A veces, el contenido de estos pactos se refieren a materias de controvertida licitud, por ejemplo, aquellos que versan sobre

¹⁰⁶ Cfr. FLORIS MARGADANT, Guillermo. *El Derecho Privado Romano*. Edit. Esfinge México, 1970, 4ª Edición, Pág. 352.

los precios, competencia delimitada en productos y prohibiciones para determinadas actividades que pueden ser competitivas y afectan la libertad de comercio de una de las partes. No obstante, el contenido del pacto no siempre encierra materias dudosas en el campo de lo permitido, sino que su fin es producir y configurar auténticos convenios, totalmente válidos, coexistentes con otros actos de carácter jurídico. Además pueden nacer como actos autónomos o como actos jurídicos conjuntados con otros contratos, a los que modifican o complementan.

La jurisprudencia mexicana no nos revela nada sobre dicha figura.

3.6.3 CARTA COMPROMISO.

A este documento se le ha utilizado como una promesa unilateral, una oferta de contrato o un contrato, cuya denominación evidencia el deseo de obligarse o de aceptar determinado convenio. Dicha voluntad es idónea para producir efectos jurídicos y puede ser consentida por una contraparte y dar nacimiento a un negocio.

Una vez que ha sido aceptada la carta compromiso, puede asegurarse que contiene un contrato unilateral, de acuerdo con el artículo 1835 del Código Civil para el Distrito Federal.

Esta figura puede estar sujeta a una condición suspensiva o resolutoria e, incluso contar con un determinado plazo. Al igual que las figuras en este apartado estudiadas, la carta compromiso contiene la determinación y la voluntad de obligarse por una de las partes. Sus diferencias con la carta de intención son escasas e incluso no se han delimitado claramente sus fronteras.

Como medio de prueba resulta eficaz, que va ligada como accesoria de otros actos jurídicos.

El maestro Sánchez Medal, nos da la definición del contrato compromiso cuando dice que: "es aquel por el que dos o más personas se obligan a dirimir una controversia jurídica por medio de la decisión de un árbitro, de acuerdo con el procedimiento permitido por la ley".¹⁰⁷ Dicha figura debe diferenciarse de los documentos o acuerdos que llevan la palabra compromiso como sinónimo de obligación, como es el caso a estudio.

En relación con esta figura, se encontró una tesis jurisprudencial de relativa actualidad:¹⁰⁸

"Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Epoca: Octava Epoca.

Localización:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

Parte: IX - Abril.

Tesis:

Página: 429

Rubro:

ARRENDAMIENTO, LA CARTA COMPROMISO, FIRMADA POR EL INQUILINO, NO PUEDE CONSIDERARSE COMO CONTRATO DE.

Texto

La carta compromiso que el inquilino suscribe y por la que se compromete a desocupar un inmueble en litigio en un plazo determinado, no cumple con lo que establece el artículo 2398 del Código Civil para el Distrito Federal, por la ausencia de una relación contractual de la naturaleza indicada para ser considerado como contrato de arrendamiento, puesto que de la misma no se desprende ninguna obligación recíproca en la que se conceda el uso temporal del inmueble mediante el pago de un precio cierto; cuenta habida de que la modificación en el precio del

¹⁰⁷ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. Op. Cit., Pág. 450.

¹⁰⁸ Supra: Nota 40.

arrendamiento no constituye novación de dicho pacto. SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Precedentes

Amparo directo 162/92. Tomás Díaz Hernández. 13 de febrero de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique R. García Vasco. Secretario: Rogelio Saldaña Hernández*.

Como puede verse, dicha tesis se refiere al acto que describe el maestro Sánchez Medal.

3.6.4 OPCIÓN O CARTA OPCIÓN.

El vocablo "opción" tiene una connotación jurídica propia y su aplicación en estos instrumentos no es de lo más afortunada.

Castán Tobeñas la define como el "convenio por el cual una parte concede a la otra, por tiempo fijo y en determinadas condiciones, la facultad, que se deja exclusivamente a su arbitrio, de decidir con respecto a la celebración de un contrato principal".¹⁰⁹

La carta opción es una diversificación del contrato de promesa, a través de la cual solamente una parte se obliga en forma unilateral. Si se trata de adecuar esta figura en nuestro sistema jurídico y de acuerdo con los artículos 2242 al 2248 del Código Civil, sería una promesa unilateral que requiere convenio de ambas partes, la obligación de una de las partes, constar por escrito, tener una naturaleza contractual y un determinado plazo.

¹⁰⁹ CASTÁN TOBEÑAS José, "Derecho Civil Español, Común y Foral", Edit. Reus, 10ª Edición, Madrid, 1977. Citado por Javier Arce Gargollo, Op. Cit., Pág. 204.

A pesar de que la carta opción puede válidamente encasillarse en nuestra legislación como un contrato típico, en la vida comercial no es frecuente encontrarla utilizada para las causas previstas. En la mayoría de las veces, a la opción o carta opción se le ve sólo consentida a través de una firma o declaración unilateral de voluntad, caso en el cual se da una oferta de contrato sujeta a un plazo aunque no necesariamente, para cerrar un posible negocio con una contraparte que emita su aceptación.

El contenido de estos instrumentos varía pudiendo centrarse en compraventas, en donde el posible vendedor se compromete a respetar un precio y determinadas condiciones por cierto plazo, o bien, el posible comprador a sostener su propuesta.

Otros supuestos en los cuales se utiliza son en los contratos de corretaje, comisión, transferencia de tecnología y agencia, en todos ellos como un contrato de promesa.

Como se dijo anteriormente, la carta opción ha sido utilizada frecuentemente para las operaciones de compraventa inmobiliaria, lo que vemos cuando nuestra Corte Suprema ha emitido su criterio al respecto: ¹¹⁰

“Instancia: Tercera Sala

Epoca: Sexta Epoca.

Localización:

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

Parte: XXVII, Cuarta Parte.

Tesis:

Página: 113

¹¹⁰ Consultadas vía Internet, en la página de la Suprema Corte: <http://www.scjn.gob.mx>.

Rubro:

SIMULACION RELATIVA. DEBE SUBSISTIR EL ACTO JURIDICO REALMENTE QUERIDO POR LAS PARTES.

Texto

Cuando se otorga una escritura de compraventa de un inmueble, con una carta de opción para que en determinado plazo, lo pueda recuperar el vendedor, quien conserva el bien en realidad de arrendatario, y se demuestra que con esos actos sólo se pretendió garantizar un contrato de mutuo, debe estimarse que fueron simulados en forma relativa tanto la escritura de venta otorgada en garantía, como el arrendamiento del inmueble, y que la operación que debe subsistir es el mueble, y que la operación que debe subsistir es el mutuo (así) que es el contrato realmente celebrado entre los contratantes.

Precedentes

Amparo directo 6405/57. J. Jesús Camarena. 3 de septiembre de 1959. 5 votos. Ponente: Gabriel García Rojas. Amparo directo 11039/56. Angela Mena de Hernández y coags. 4 de julio de 1957. Mayoría de 3 votos. Ponente: Mariano Azuela. Disidentes: Mariano Ramírez Vázquez y Gabriel García Rojas. Volumen XIV, Cuarta Parte, pág. 260. Amparo directo 5325/57. Fernando López. 27 de agosto de 1958. Mayoría de 4 votos. Ponente: Gabriel García Rojas. Disidente: Rafael Matos Escobedo*.

"Instancia: Tercera Sala

Epoca: Séptima Epoca.

Localización:

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

Parte: 75 Cuarta Parte.

Tesis:

Página: 17

Rubro:

CARTA OPCION O AUTORIZACION A INTERMEDIARIOS O COMISIONISTAS EN VENTA DE INMUEBLES PARA QUE BUSQUEN COMPRADOR. NO SON PODERES O MANDATOS PARA ACTOS DE DOMINIO.

Texto

Las cartas opción y las autorizaciones privadas que los propietarios de inmuebles otorgan a intermediarios para que estos últimos ofrezcan públicamente la venta de un inmueble y busquen comprador, no constituyen mandato para actos de dominio, ni poder para que en nombre y representación del propietario concreten la venta en forma directa, porque la voluntad del titular del inmueble se refiere únicamente a conceder autorización al intermediario para que busque comprador, el cual deberá posteriormente celebrar y perfeccionar la compraventa en forma directa con el propietario, emitiéndose hasta esa época la voluntad respecto al acuerdo de las condiciones y modalidades de la enajenación.

Precedentes

Amparo directo 4622/74. Roberto López Morán y otro. 5 de marzo de 1975. 5 votos. Ponente: Enrique Martínez Ulloa. Secretario: José Joaquín Herrera. *NOTA (1): *En la publicación original se omite el nombre del secretario y se subsana. NOTA (2): Esta tesis también aparece en: Informe de 1975, Tercera Sala, pág 66*.

3.7 DIFERENCIAS Y SIMILITUDES CON EL CONTRATO DE ASOCIACION EN PARTICIPACION.

Algunos autores han querido ver erróneamente al contrato de joint venture como un contrato de asociación en participación, o sociedad accidental como se le denomina en Argentina, o por lo menos, como un equivalente aproximado de éstas.

En efecto, "otros lo asimilan a la figura de la asociación en participación o cuentas en participación. Lo cual no deja de ser una equivocación pues en la asociación o cuentas en participación el asociado aporta bienes o servicios para que el asociante actúe en nombre propio; en cambio, en el joint venture los participantes actúan abiertamente en la operación. En la asociación o en las cuentas en participación hay participantes ocultos, lo que no sucede con el joint venture, donde no se busca el carácter oculto de los participantes; sino, lo contrario.

Finalmente, la asociación está considerada como una sociedad particular y el joint venture es contractual, por esencia, siendo la formación de una compañía o sociedad, una consecuencia".¹¹¹

Esta última diferencia no es aceptable en nuestro país, toda vez que el artículo 252 de la Ley General de Sociedades Mercantiles define a la asociación en participación como un contrato.

Sin embargo, la semejanza resulta más aparente que real, ya que la asociación en participación, de acuerdo con las propiedades generales que ostenta en cada uno de los sistemas jurídicos que la contemplan, es un simple instrumento para dar nacimiento a estructuras empresariales comparables a las que en el Derecho Estadounidense se fundan mediante joint ventures, si bien con consecuencias jurídicas esencialmente diferentes a las propias de este último contrato. Aunque las posibilidades de la asociación en participación para cumplir las funciones instrumentales del joint venture se restringen a unos cuantos casos delimitados, puesto que, como se expondrá más adelante, éste último tiene un campo de acción mucho más amplio; por tanto, es desacertado identificar a la asociación en participación o sociedad accidental con el contrato de joint venture.

Las características de una asociación en participación son las siguientes, según se desprende de la Ley General de Sociedades Mercantiles:

1. - El vínculo jurídico entre los participantes, es indiferente para los terceros y las relaciones con éstos últimos se dan como si la sociedad no existiera. (Art. 256).
2. - Sólo el asociante participa en la administración de la sociedad. (Art. 256).

¹¹¹ SIERRALTA RÍOS, Anibal, "Joint Venture Internacional", Edit. Depalma, 2ª Edición, Buenos Aires, Argentina, Sept. 1996, Pág.59.

3. - Las aportaciones de los contratantes no pueden ser representadas por títulos negociables y, salvo convenio en contrario, un participante no puede ceder sus derechos sin el consentimiento de los demás. (Art. 31 y 259).
4. - La asociación en participación no es sujeto de derecho, puesto que no tiene razón ni denominación, así como tampoco un patrimonio propio. (Art. 253).
5. - Desde otro punto de vista, enfocada a la función de la asociación en participación más que a los lineamientos legales de sus operaciones, se da una participación de ciertos asociados, no gestores, en los beneficios emanados de los negocios acometidos por el asociante en su propio nombre, como contraprestación por las aportaciones que aquéllos efectúen con dirección a tales operaciones. (Art. 252).

Con referencia al contrato de asociación en participación, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dilucidado claramente la naturaleza jurídica de aquel, por lo que es vasto el número de tesis que ha emitido al respecto, por tal razón solo transcribo las que considero pertinentes para el caso en particular: ¹¹²

"Instancia: Tercera Sala

Epoca: Sexta Epoca.

Localización:

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

Parte: LXXVI, Cuarta Parte.

Tesis:

Página: 22

Rubro:

ASOCIACION EN PARTICIPACION, CARACTERISTICAS DELCONTRATO DE.

¹¹² Supra: Nota 110.

Texto

De acuerdo con el artículo 252 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la asociación en participación es un contrato por el cual una persona, llamada el asociante, concede a otro llamado el asociado, una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio, a cambio de la aportación de bienes o servicios del asociado. La esencia de la asociación en participación radica en que se trata de una sociedad oculta que sólo rige o surte efectos entre las partes que la constituyen, sin que exista signo aparente que la denote, ya que carece de personalidad jurídica, de razón y de denominación, según lo establece el artículo 253 del mismo ordenamiento, y es por esto que el artículo 256 determina que el asociante obra en nombre propio y que no habrá relación jurídica entre los terceros y los asociados. Persiguiendo este mismo afán de mantener oculta la asociación, la Ley establece en el artículo 257, que respecto de terceros, los bienes aportados pertenecen en propiedad al asociante, a no ser que por la naturaleza de la aportación fuere necesaria alguna otra formalidad, o que se estipule lo contrario y se inscriba la cláusula relativa en el Registro Público de Comercio del lugar donde el solicitante ejerce el comercio, y agrega este artículo que aun cuando la estipulación no haya sido registrada, surtirá sus efectos si se prueba que el tercero tenía o debía tener conocimiento de ella.

Precedentes

Amparo directo 5688/60. Bulmaro Carranza Cervantes. 17 de octubre de 1963. 5 votos. Ponente: Mariano Azuela”.

“Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Epoca: Octava Epoca.

Localización:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Parte: XIV - Noviembre

Tesis: III. 2º C. 420 C

Página: 415

Rubro:

ASOCIACION EN PARTICIPACION. INTERPRETACION Y ALCANCES DEL ARTICULO 252 DE LA LEY GENERAL DE ASOCIACIONES MERCANTILES QUE LA DEFINE.

Texto

El artículo 252 de la Ley General de Sociedades Mercantiles indica que: "La asociación en participación es un contrato por el cual una persona concede a otros que le aportan bienes o servicios, una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio". Una recta interpretación de este dispositivo permite establecer los siguientes principios: a). Que en las asociaciones en participación no hay fondo ni tampoco actividades comunes; el asociante obra en nombre propio y nunca en representación de los asociados; y b). No hay relación jurídica entre los terceros y los asociados, toda vez que de conformidad con lo establecido por el diverso numeral 254 de la propia ley, la asociación en participación carece de personalidad jurídica y de razón social o denominación. De lo anterior se puede concluir que cuando el contrato exhibido por el quejoso, independientemente de la denominación que se le dé, no reúne las características apuntadas, no puede ser considerado como un contrato de asociación en participación y, por ende, resulta insuficiente para acreditar tanto el carácter de asociante que dice tener, como el interés jurídico que le asiste para promover el juicio de amparo, y debe decretarse el sobreseimiento en el mismo. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO.

Precedentes

Amparo en revisión 335/94. Sonia Katia Rodríguez Campos. 31 de agosto de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Rodolfo Moreno Ballinas. Secretario: Ricardo Lepe Lechuga".

Ahora, veamos cuales son los signos que nos permiten distinguir al contrato de asociación en participación del contrato de joint venture en sentido estricto:

I.- La primera distinción fundamental es que, el joint venture requiere de un manejo conjunto del negocio por los coventurers, aunque las facultades no sean idénticas para todos ellos y algunas permanezcan desconocidas por terceros. La regla en el

contrato de joint venture, es la igualdad en el control y dirección conjuntos, aunque ello no obsta para que se deleguen las facultades administrativas en alguno de los partícipes en el contrato, lo cual puede suceder en el momento mismo de su celebración o, a través de un acuerdo posterior; cuando dicha hipótesis no se ha previsto en el contrato, la pauta aplicable es la de prohibir la delegación de la administración, la cual se mantendrá concurrente entre todos los participantes. La existencia de dos clases diferentes de "socios", con derechos absolutamente distintos no opera en el joint venture, es decir, en la asociación en participación es donde se da una "participación unilateral", las normas distinguen claramente dos categorías de socios, el asociante tiene a su cargo la conducción y la administración centralizada de la empresa, "retiene la titularidad legal de sus activos y pasivos y asume las consecuencias legales de las relaciones con terceros".¹¹³

Cabe decir que, en otros sistemas se sigue el principio denominado "participaciones concurrentes", que consiste básicamente en que varios socios pueden actuar como gestores respecto de la empresa común y las leyes no exigen una distinción de plano al respecto, como por ejemplo, el artículo 325 del Código de Comercio Brasileño, el cual permite expresamente que todos los participantes realicen gestiones en lo personal, con fines de realizar el propósito común.

II.- Otra diferencia básica es que existe un distinto grado de responsabilidad de los participantes frente a terceros. Los coventurers son solidariamente responsables frente a terceros por las obligaciones derivadas del negocio común, en tanto que en la asociación en participación tal obligación sólo corresponde al asociante.

¹¹³ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo y Julio Alberto Kelly, "Contratos de Colaboración Empresarial, agrupaciones de colaboración, uniones transitorias de empresas y joint ventures", Edit. Heliasta, Bs. As. Arg., 1987, Pág. 144.

Al respecto, el licenciado Agustín Berdeja Prieto¹¹⁴ opina que: "mientras que en la A. en P. el asociante obra en nombre propio y sin que exista relación jurídica entre los terceros y los asociados, en el joint venture los terceros no suelen tener acción contra las partes de éste. Existe una tesis (Tercera Sala, Apéndice 1985, Parte IV, Tesis 79) en la cual se establece que los terceros que contratan con el socio gerente de una A. en P. carecen de acción jurídica en contra de los asociados, con la salvedad de acciones por enriquecimiento injusto o dolo."

Cada partícipe de un joint venture tiene la facultad de obligar a los demás y de vincularlos como responsables frente a terceros, conduciéndose dentro del objeto de la empresa conjunta. Dicha responsabilidad solidaria tiene lugar pese a que los partícipes hayan expresamente acordado mutuamente que no serán responsables y aunque el nombre de algunos miembros no se halle en un documento expedido por otro en representación del joint venture.¹¹⁵

En la asociación en participación, la responsabilidad de cada socio está supeditada al carácter de gestor, o mejor dicho del que sea el asociante. El artículo 256 de la Ley General de Sociedades Mercantiles ya citado, es tajante al respecto cuando expresa que el asociante actuará en nombre propio, además de que no existirá ninguna relación jurídica entre los asociados y terceras personas. Sin embargo, la responsabilidad puede diseminarse, hasta cierto grado y en determinadas situaciones a los asociados, quienes responderán en la medida de los aportes a que se hayan comprometido en el contrato, de las pérdidas sufridas por la empresa a cargo del asociante o de los activos en poder de éste.

III.- El contrato de joint venture y la asociación en participación también se diferencian entre sí respecto de su posible duración y objeto.

¹¹⁴ Op. Cit., Pág. 4.

¹¹⁵ Cfr. Taylor v. Brindley, 164 F. 2nd 235 (10th Cir. 1947); Wenzel Machinery Rental & Sales Vs Adkims, 189 Kan. 435, 370 P. 2d 141 (1962).

Así por ejemplo, en Argentina, las leyes limitan fuertemente la duración y operaciones de las llamadas sociedades accidentales¹¹⁶ y, aunque los tribunales estadounidenses también dotan de tal característica a los joint ventures, el propósito de tales restricciones es esencialmente diferente del que se le otorga a la asociación en participación, puesto que el cometido perseguido al acotar a los joint ventures, en los Estados Unidos de América, es distinguir tal tipo, como se dijo ya, de la figura de la partnership, por lo que si las operaciones del joint venture se amplían más allá de sus linderos propios, la Corte considerará que los vínculos entre las partes constituyen una partnership. Sin embargo, tal diferencia es mínima pues, el joint venture se forma para un único negocio u operación, presenta gran informalidad, por lo que no necesita una declaración expresa de las partes para quedar constituido como tal. También se atribuyen diferencias en cuanto a la capacidad de representación de las partes, la responsabilidad frente a terceros, que las corporations pueden formar parte de los joint ventures pero no de las partnership y las acciones que las partes pueden ejercer entre si.

Por lo que se refiere a la asociación en participación, desde el punto de vista del Derecho comparado, existen dos vertientes al respecto, una en la que predomina el carácter accidental de la empresa, circunscrita a un único negocio u operación, limitado en el tiempo, como por ejemplo el Derecho Brasileño y, otra como en nuestro sistema jurídico, en que la asociación en participación puede desarrollarse indefinidamente, en cuanto al objeto y a la duración.

IV.- Otra diferencia se refiere en cuanto a la manifestación externa de vínculo contractual entre las partes.

¹¹⁶ Véase el art. 361 de la Ley de Sociedades Comerciales, en que el objeto de tal figura es "la realización de una o más operaciones determinadas y transitorias". (Ley 22.903).

En el joint venture, dicha manifestación es la regla y, si se da una relación que se califique como tal, el hecho de que un partícipe permanezca encubierto, ello no frena la configuración de una relación al respecto ni su responsabilidad solidaria frente a terceros. Por el contrario, en la asociación en participación, donde la actividad es puramente interna, ésta permanece habitualmente oculta (Art. 256 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

V.- En cuanto a la personalidad jurídica de las figuras que se estudian, ambas carecen del carácter de entes jurídicos, pero las consecuencias de este estado son diferentes. En el contrato de joint venture, aunque es una figura que no es capaz de adquirir derechos o contraer obligaciones para sí, todos los participantes concurren en los derechos y obligaciones resultantes de las operaciones en común. Dichos coventurers comparten la propiedad de los bienes utilizados y adquiridos por el joint venture, tienen derecho a una dirección y control conjunto de la empresa común y cuando realizan alguna operación dentro del objetivo previsto lo hacen en nombre propio y como mandatarios y representantes de los demás partícipes, o sea, como ya dijimos, la recíproca facultad para representar y obligar al otro o mutual agency.

El coventurers que cumple con sus obligaciones determinadas en el propio contrato, tiene el derecho, bajo las normas de equidad (equitable interest), de disponer de las utilidades de la empresa común y puede constreñir a los demás partícipes en cuyo nombre se ejerzan los derechos de dicha empresa a transmitirle una parte indivisa sobre tales derechos, inclusive de carácter real o provenientes de una resolución judicial. La regla es que cada uno de los miembros del joint venture tienen iguales facultades de disposición sobre la propiedad adquirida para ser aprovechada por aquél.

En la asociación en participación, la comunidad de intereses existente entre los contratantes es diferente del joint venture, esto se debe a la desproporción existente entre el asociante y los asociados. La asociación en participación carece de personalidad jurídica y solo el asociante puede contratar y obligarse con terceros respecto de dicha asociación, ya que lleva a cabo los actos tendientes a la materialización de los intereses comunes en su propio nombre, suscribe contratos con terceros, ejerce los derechos imputables a la asociación y, en fin, es el exclusivo responsable de las obligaciones relativas a los bienes aportados a la sociedad, además de que tales aportaciones forman parte, en general y frente a terceros, del patrimonio del asociante. Sin embargo, si los asociados quieren proteger los bienes que aportan, para el caso de que los terceros quieran ejercer alguna acción contra dichos bienes, se estipulará en el contrato respectivo que la aportación no es traslativa de dominio, inscribiendo dicha cláusula en el Registro Público de Comercio correspondiente a donde el asociante realiza sus principales actividades comerciales. (Art. 257 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.)

"Respecto a terceros, en la A. en P. los bienes aportados se entregan en propiedad al asociante, mientras que en el joint venture las partes tienen la libertad de pactar lo que deseen".¹¹⁷

Así pues, "resulta del análisis precedente que la función negocial y estructura jurídica de las joint ventures y de las sociedades accidentales son marcadamente diferentes entre sí... la distancia entre las joint ventures y las sociedades accidentales o en participación va más allá de la que puede imputarse a los diferentes sistemas jurídicos de que forman parte. Aspectos tales como la asimetría entre los socios y la estructura de gobierno y administración, que afectan a elementos esenciales de los respectivos tipos societarios, no son consecuencia del ordenamiento global que las mencionadas figuras integran".¹¹⁸

¹¹⁷ BERDEJA PRIETO, Agustín. Op. Cit., Pág. 4.

¹¹⁸ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo y Julio Alberto Kelly, Op. Cit., Pág. 151.

CAPÍTULO IV

NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO DE "JOINT VENTURE" O COINVERSION EN EL MARCO DE LA LEGISLACION MEXICANA

4.1 CARACTERÍSTICAS Y CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO.

"No existe ninguna norma en México que haga referencia a este modelo contractual y a ello se agrega una escasa doctrina. De tal manera que este contrato se articula dentro de las normas generales del Código de Comercio... así también habrá de tenerse en cuenta la Ley de Inversión Extranjera (1993), la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial (1991) y el Código Civil para el Distrito Federal, así como la Ley General de Sociedades Mercantiles, cuando hubiere que formar una sociedad ad hoc".¹¹⁹

Las características del contrato de coinversión dentro de nuestra legislación deben de tomarse de acuerdo a la teoría general del contrato expuesta en los capítulos precedentes y en la cual se basa nuestra legislación actual.

Puesto que en gran medida el Código Civil para el Distrito Federal es supletorio de la Legislación Mercantil, ello nos impulsa a tomarlo como base para enumerar las características del contrato de coinversión o "joint venture".

¹¹⁹ SIERRALTA RÍOS, Anibal. Op. Cit, pág. 389.

“El “joint venture”, a pesar de su reciente y aún breve incorporación en nuestra práctica contractual, así como el laborioso proceso de conceptualización por parte de la jurisprudencia norteamericana, presenta una flexibilidad y facilidad de constitución para operar en mercados externos que lo torna particularmente útil para los negocios internacionales”.¹²⁰

Esencialmente, como ya se dijo, la figura del joint venture es un contrato, pero en nuestro sistema jurídico se enmarca dentro de los atípicos, por lo que de conformidad con el artículo 1858 del Código Civil para el Distrito Federal, un contrato que no esté especialmente sistematizado deberá regirse, en ausencia de disposición contractual por:

1. Las reglas generales de los contratos.
2. Las disposiciones del contrato con el que tenga más analogía de los que estén sistematizados en los diversos Códigos.

De acuerdo con la doctrina, la naturaleza del contrato de joint venture es la siguiente:

a. Es mercantil, por oposición al civil, toda vez que las personas que más recurren a esta figura son comerciantes y los actos jurídicos a los cuales está encaminado son actos de comercio. Por lo que podemos tomar como base las fracciones X y XXI del artículo 75 del Código de Comercio, así como el artículo 1050 del citado ordenamiento, las cuales se refieren, respectivamente a que la ley reputa actos de comercio a las empresas de comisiones, de agencias, de oficinas de negocios comerciales y establecimientos de ventas en pública almoneda; que las obligaciones entre comerciantes y banqueros, cuando no sean de naturaleza

¹²⁰ Idem., Pág. 41.

esencialmente civil y, por último, cuando en un negocio una de las partes tenga carácter civil y la otra comercial, la relación se regirá por las disposiciones mercantiles.

b. Es bilateral lato sensu, en contraposición al contrato unilateral, en cuanto a que las partes se obligan mutuamente (art. 1836 del Código Civil para el D. F.). También es bilateral stricto sensu, ya que las obligaciones que surgen a cargo de uno y otro contratante tienen entre sí una correlatividad bilateral.

Además, puede ser también plurilateral ya que no hay impedimento para que participen más de dos partes.

Javier Arce Gargollo, opina que "excepcionalmente –creemos que no es común en la práctica- puede haber un solo obligado; en este caso será unilateral".¹²¹

c. Oneroso, por oposición a los contratos gratuitos, ya que los provechos y gravámenes surgen para todos los coventurers (art. 1837 del Código Civil para el D. F.). Pero Arce Gargollo agrega que no será recíproco ni de cambio.¹²²

d. El licenciado Agustín Berdeja Prieto¹²³ opina que es conmutativo, en contrario del aleatorio, dado que éste último se encuentra sujeto a un acontecimiento incierto y, en el joint venture, las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que nace el contrato, de tal forma que los contratantes pueden conocer en forma aproximada los beneficios o los detrimentos que les cause la empresa conjunta.

¹²¹ Cfr. Op. Cit., Pág. 207.

¹²² Idem.

¹²³ Op. Cit., Pág. 6.

De nuevo, Javier Arce Gargollo difiere de esta postura ya que opina que "en la mayoría de los casos, debe estimarse como aleatorio, debido a que el beneficio es incierto en el momento de su celebración".¹²⁴

La opinión del suscrito se inclina por las dos, debido a que son dos momentos, primero cuando se celebra el contrato las partes establecen en forma clara sus derechos y obligaciones, así como las posibles ganancias o utilidades por repartir, pero dado que una característica esencial del contrato de joint venture es precisamente que cuenta con un riesgo y, que la aventura conjunta lleva implícita la probabilidad de que el negocio prospere o, por el contrario, se vaya a pique, es ahí donde se constituye el segundo momento al poner en marcha el joint venture.

e. Según Arce Gargollo, es preparatorio, toda vez que "produce una situación jurídica preliminar para futuros actos jurídicos".¹²⁵ Opinión que compartimos sólo cuando se trata de un equity - joint venture, ya que, cuando se trata de un non - equity joint venture o contractual, las obligaciones y derechos a cargo de los partícipes se establecen al momento de contratar y, por lo tanto será de carácter definitivo y lo que puede haber serán sólo contratos satélite. Lo anteriormente afirmado se refuerza con lo que dice el licenciado Berdeja, "El contrato preparatorio tiene por objeto crear un estado de derecho como preliminar, necesario para la celebración de otros contratos posteriores. El joint venture es un contrato definitivo en cuanto a que no requiere de la existencia de un acuerdo previo para tener existencia propia".¹²⁶

f. Es intuitu personae, ya que los coventurers atienden a las cualidades personales o características de los demás sujetos que intervienen, tales como experiencia, tecnología, recursos, posicionamiento en el mercado, entre otras.

¹²⁴ Cfr. Pág. 207.

¹²⁵ Idem.

¹²⁶ Op. Cit., Págs. 7 y 8.

g. Puede manejar obligaciones de dar, de hacer o de no hacer, según lo requieran los partícipes. Arce Gargollo opina que es un contrato a largo plazo, que produce obligaciones de hacer, pero ello es erróneo ya que su perspectiva está orientada a tomar al contrato de joint venture como una especie de promesa de contrato, cuando dice: "La definición del contrato de joint venture es muy general, como lo es el amplio contenido que puede abarcar este negocio. Sus elementos incluyen a los del contrato de promesa, del que es una especie".¹²⁷

Lo anterior se afirma, ya que al momento de celebrar el joint venture, puede aportarse en ese instante los bienes o los conocimientos para desarrollar el negocio común.

h. Negociado, por contrapartida a los contratos de adhesión, o sea que en el joint venture las partes discuten y negocian las condiciones que regirán durante el desarrollo del proyecto conjunto.

i. Principal, por diferencia con el contrato accesorio, ya que tiene autonomía jurídica y no depende de otro contrato u obligación existente para poder subsistir.

j. Asociativo, cuando se da el caso de la equity joint venture, ya que se forma una sociedad con personalidad jurídica propia.

4.2 CONTRATOS TÍPICOS AFINES AL JOINT VENTURE O "COINVERSIÓN".

En este apartado, estudiaremos de manera somera algunos de los contratos que en nuestro país ya cuentan en mayor o menor grado con alguna sistematización legal y, que son de gran importancia para establecer una relación negocial más firme entre los partícipes del joint venture.

¹²⁷ Op. Cit., Pág. 205.

4.2.1 COMPRAVENTAS DE CARÁCTER INTERNACIONAL.

La denominada globalización de los mercados ha traído consigo que sea menester unificar determinadas reglas en tratándose de compraventa de mercaderías de naturaleza internacional.

Al respecto, con fecha 17 de febrero de 1983, se aprobó en el seno del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), la Convención sobre Representación en Compraventa Internacional de Mercancías, a la que se adhirió nuestro país según consta en el Diario Oficial de la Federación de 22 de febrero de 1988.

Algunos de los principios y conceptos de dicha Convención y que regulan a este tipo de compraventa son los siguientes:¹²⁸

- a) Compraventa internacional. Es la que se celebra entre partes cuyos establecimientos se encuentran en diferentes Estados (Artículo 1º).
- b) La convención no es aplicable a las compraventas de mercaderías para uso personal, familiar o doméstico; a las que resulten de subastas o embargos por orden de autoridad; a las acciones, títulos de crédito, valores mobiliarios o monedas; de buques, yates o aeronaves y de energía eléctrica (Artículo 2º).
- c) En fábrica (ex works, EXW). El vendedor tiene la obligación de suministrar la carga en su planta, bodega o fábrica y, corresponde al comprador situarla en el medio de transporte que corre a cargo de él mismo; los riesgos y gastos corren a cargo del comprador desde el momento en que los géneros quedan a su disposición en el establecimiento del vendedor.

¹²⁸ Cfr. DÍAZ BRAVO, Arturo. Contratos Mercantiles, Edit. Harla, 5ª Edición, México, 1995, Pág. 87.

-
- d) Libre transportista o porteador (free carrier, FCA). El vendedor tiene la responsabilidad de entregar los géneros al porteador señalado por el comprador en el lugar convenido, dispuesta para su traslado; los riesgos y los gastos son a cargo del comprador desde el momento en que la mercancía se entrega al transportista.
- e) Libre al costado del buque (free alongside ship, FAS). El vendedor se obliga a entregar el producto al costado del navío a bordo del cual se efectuará el traslado, o bien, en lugar adecuado del punto de embarque; los gastos y riesgos corren a partir de ese momento a cargo del comprador.
- f) Libre a bordo (free on board FOB) El vendedor debe entregar los artículos a bordo de la nave respectiva en el puerto de destino; los riesgos y gastos respectivos son a cargo del comprador, pero hasta el momento en que los efectos rebasen la borda del barco.
- g) Costo y flete (cost and freight, CFR). El vendedor se obliga a poner a disposición del comprador la mercancía en el puerto de destino y pagar los costos y fletes necesarios para ello, con la salvedad de que los riesgos y cualquier gasto adicional son a cargo del comprador desde el momento en que las mercaderías han rebasado la borda del buque en el puerto de embarque.
- h) Costo, seguro y flete (cost, insurance and freight CIF). El vendedor debe realizar los pagos y entregar los géneros igual que en la compraventa CIF, aunado a ello debe contratar y sufragar el seguro contra los riesgos del transporte. Los riesgos y gastos adicionales corren por cuenta del comprador, desde el momento en que la mercancía rebasa la borda del navío en el puerto de embarque.

No cabe duda que la compraventa de naturaleza internacional es de gran ayuda como un contrato típico aunado al joint venture.

4.2.2 LA TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA.

Otra figura que está en gran medida relacionada con el contrato de joint venture es, por sus características actuales, la transferencia de tecnología.

Toda la técnica desarrollada a través de los siglos por la humanidad, poco a poco ha sido regulada por el Derecho, ya sea para obtener la tutela necesaria de los conocimientos recientes que en determinado momento podrá ser objeto de apoderamiento en contra de la voluntad de su descubridor, o bien, para regular la forma y términos en que pueden cederse o bien otorgar la licencia sobre los derechos correspondientes ya sea en forma parcial o total; de la prestación de los servicios de asesoría técnica (know how) o también de las marcas o signos distintivos de los productos o de los servicios que los comprenden, imbuida en el campo de la propiedad industrial.

Dentro del Derecho Positivo Mexicano, el vocablo "transferencia de tecnología" abarca incluso aquellos contratos que en sentido estricto no aluden a la transmisión de conocimientos técnicos, como la licencia de explotación o la cesión de una marca, los servicios de administración, entre otros.

El contrato de transferencia de tecnología está escuetamente previsto en nuestro país en la Ley de Propiedad Industrial y su Reglamento y, en el ámbito internacional, por el Convenio de París para la Protección de la Propiedad industrial, de 1967 y, ratificado por México según se desprende del Diario Oficial de la Federación del 5 de marzo y 27 de julio, ambos de 1976.

Es evidente que "un proceso de modernización económica necesita de tecnología adecuada al grado de desarrollo que se pretenda y pueda el país alcanzar, así como capital suficiente para las nuevas inversiones en plantas y equipo, además de la infraestructura o capital fijo social y servicios de todo tipo".¹²⁹

Nuestro País no es de aquéllos que pueda aplicar el presupuesto necesario para el desarrollo de una tecnología propia, por lo que no resulta favorable poner énfasis en dicho propósito, amén de eventos específicos y limitados, en virtud de las elevadas sumas, que además de ser necesarios en otros rubros tales como la seguridad social y la renovación del aparato productivo, no se cuenta con la suficiente liquidez.

En los países de primer nivel, la fuente de subvención para la investigación tecnológica y nuevos proyectos, proceden del gobierno, así como las universidades y los grandes grupos financieros y empresarios.

Por el contrario, en México, evidentemente no se da tal situación, por lo que una opción es que a través de diversas coinversiones se pueda conseguir la tecnología que no lograrán las empresas actuando en forma individual, además de que se puede introducir tecnología de vanguardia por parte de las empresas extranjeras que vienen a invertir a nuestro país, ya sea asociándose con empresas locales o de manera independiente.

Otra ventaja de la transferencia de tecnología es que en caso de que funcione como un contrato satélite del joint venture, al incorporar la nueva tecnología a los procesos de producción aunado a las aportaciones, pueden reducirse los riesgos de sufrir contratiempos y pérdidas en el negocio común.

¹²⁹ CALVO OCHOA, Luis. "La Ley Federal de Competencia Económica y el Proceso de Ajuste Económico", publicado en "Competencia Económica y Tratado de Libre Comercio" por la "Fundación Konrad Adenauer" de México, 1994, Pág. 47.

Algunas de las definiciones que se han elaborado acerca de la transferencia de tecnología son:

1. - "Aquél por el cual, una parte, llamada Transmisora de la Tecnología o Asistencia Técnica, aporta conocimientos y elementos materiales de carácter técnico y la otra parte, Receptora, da a cambio una remuneración".¹³⁰

2. - En el caso concreto del Derecho Mexicano, Jaime Alvarez Soberanis dice que es "... el acuerdo de voluntades por medio del cual una de las partes, llamada proveedor transmite a otra que se denomina receptora un conjunto de conocimientos organizados para la producción industrial".¹³¹

3. - Por último, el mismo maestro Arturo Díaz Bravo propone su definición, toda vez que las anteriores no le satisfacen, en razón de que no abarcan a las marcas por sí solas:

"... a resultas de la terminología contractual mexicana, este contrato también abarca meros servicios, de auxilio técnico algunos, y de operación administrativa otros.

De ese modo, es posible confeccionar un concepto que, como se anunció, tiene que adolecer de excesivo formalismo, ante la variedad de convenciones que nuestra legislación comprende en el contrato de transferencia de tecnología, el que, por tanto, es aquel en cuya virtud una de las partes se obliga a transmitir a la otra el derecho de explotar uno o más elementos de la propiedad industrial, o bien a prestarle servicios de auxilio técnico o de operación administrativa."¹³²

¹³⁰ HERNÁNDEZ ESPARZA, Patricia. "El Contrato de Asistencia Técnica", México, 1969, Pág. 96. Citada por Arturo Díaz Bravo. Op. Cit., Pág. 180.

¹³¹ "La regulación de las inversiones y marcas y de la transferencia de tecnología", México, 1979, Pág. 247. Citado también por Díaz Bravo. Idem.

¹³² Idem, Pág. 181.

Algunas de las cláusulas más comunes en este contrato son:

1. - La cláusula de publicidad adecuada, en la que el receptor debe ceñir sus letreros y su publicidad a la aprobación preliminar del transmisor, con la curiosa característica de que ello es a pesar de que los gastos son a cargo del primero.
2. - El intercambio obligatorio de las mejoras en la tecnología, en donde los contratantes acuerdan ofrecerse y otorgarse licencia correlativa sobre las mejoras y perfeccionamientos que realicen en la tecnología contratada.
3. - Pacto de confidencialidad, en donde el receptor se obliga a no revelar los conocimientos que el transmisor le otorga en virtud del contrato, sino únicamente aquellos que deben conocer de ellos en atención a las actividades que realizan bajo las ordenes del propio receptor, quien además deberá celebrar con dichas personas un pacto de la misma naturaleza confidencial.
4. - Cláusula de no - responsabilidad del proveedor frente a terceros, en donde cualquier acción que se intente por dichos terceros en contra de la validez de la tecnología aportada, deberá ser impugnada por el receptor, quien también estará de acuerdo en que los pactos celebrados con el proveedor serán válidos y exigibles cualquiera que sea el desenlace de la acción intentada por el citado tercero y, además exime a dicho proveedor de cualquier responsabilidad por la explotación y uso de los conocimientos técnicos revelados.
5. - La incredibilidad de los derechos del receptor, ello es lógico puesto que el transmisor se basó para contratar en las características particulares de dicho receptor.

La prohibición de ceder los derechos del receptor, a veces se ve ampliada a diversas hipótesis en las cuales se presume que existe una especie de cesión, tales como la enajenación de la mayoría de la tenencia accionaria en que se divide el capital social del receptor; la fusión con otra u otras sociedades, no importando que sea el fusionante; la enajenación de una parte considerable de sus activos, entre otros.

6. - Royalty clause o cláusula de regalía. El pacto sobre su pago manifiesta diversas formas, pero la más común es que se acuerde un determinado porcentaje sobre el producto neto de las ventas; algunas veces es sobre el costo de cada unidad producida e, incluso, se da el caso de que los porcentajes son crecientes o decrecientes con el tiempo.

7. - Cláusula de pagos netos, que se da principalmente en los contratos de tinte internacional. Lo característico de ésta es que el monto pactado por la transferencia en calidad de precio, debe ser pagado por el receptor sin deducción alguna derivada de impuestos, derechos o gravámenes locales, que en su caso serán a cargo del receptor.

8. - Los gastos de viaje de los técnicos de ambas partes para indicar, adiestrar o instruir, en caso del transmisor y, para aprender, estudiar o adiestrarse, en el caso del receptor, corren a cargo de éste último.

Además de ello, a los técnicos del proveedor deben pagárseles ciertas sumas para gastos menores, sin tener en cuenta otras cantidades alzadas por cada día de ausencia de su lugar de residencia frecuente, que de ordinario se entregan en forma directa al proveedor.

4.2.3 EL CONTRATO DE SOCIEDAD.

En tratándose de un equity – joint venture, es indudable que el contrato afín para celebrarlo es la figura contemplada en el artículo 1º de la Ley General de Sociedades Mercantiles, o sea, cualesquiera de los seis tipos previstos y que se pueden denominar “sociedad mercantil”.

Como es sabido, los tipos que nuestra Legislación reconoce como sociedad mercantil, son los siguientes:

1. - Sociedad en nombre colectivo;
2. - Sociedad en comandita simple;
3. - Sociedad de responsabilidad limitada;
4. - Sociedad anónima;
5. - Sociedad en comandita por acciones;
6. - Sociedad cooperativa.

En nuestros días, el tipo más comúnmente usado es la sociedad anónima, incluso para formar pequeñas empresas familiares. Dicho tipo social se forma, según el artículo 87 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, bajo una denominación y que se integra solamente por socios que tienen la obligación de limitarse al pago de sus acciones.

Agrega el artículo 88 de la Ley en comento que, la denominación puede establecerse en forma libre, con la única limitante de que debe ser diferente a cualquier otra, además de que debe agregársele las palabras "Sociedad Anónima" o, en su caso, su abreviatura "S. A."

Los requisitos principales para constituir una sociedad anónima, además de los que estipula el artículo 6° de la misma Ley, son: (Art. 89)

- a) La existencia de dos socios como mínimo, los que deben suscribir al menos una acción.
- b) El capital social mínimo es la cantidad de \$50,000.00, el cual debe estar suscrito cabalmente.
- c) Cuando la aportación sea en numerario debe exhibirse, como mínimo, el 20% en efectivo del valor de cada acción que sea pagada
- d) Cuando la aportación sea con recursos distintos de dinero, debe exhibirse en forma total el valor de cada acción que haya de cubrirse.

Por su parte, los elementos comunes a todas los tipos sociales, contemplados en el citado artículo 6° son:

- a) Los nombres, la nacionalidad y el domicilio de las personas que fundarán la sociedad.
- b) El objeto de la sociedad.
- c) La razón social o denominación. La cual tiene íntima relación con el artículo 15 de la Ley de Inversión Extranjera y el artículo 13 de su Reglamento, en los

cuales se establece la necesidad de solicitar a la Secretaría de Relaciones Exteriores un permiso previo para usar una determinada razón o denominación social.

- d) El plazo o duración.
- e) El monto del capital social.
- f) La relación de lo que cada socio aporte en numerario u otros bienes, el valor de ellos y la forma utilizada para determinar su valor. Si la modalidad adoptada es además la de capital variable, se expresará el mínimo establecido.
- g) El domicilio social.
- h) La forma de administración y las facultades del órgano de administración.
- i) El nombramiento de los administradores, así como la designación de los que ostentarán la firma social.
- j) La forma en que se hará la partición de los dividendos y las pérdidas entre los socios.
- k) La cuantía del fondo de reserva.
- l) Las hipótesis de disolución anticipada.
- m) Los principios en que se regirá la liquidación de la sociedad y la forma en que se elegirá al o a los liquidadores, cuando no se hay hecho previamente.

Existen otros elementos que el artículo 91 añade como característicos a la sociedad anónima.

Además de ello, en otro ordenamiento se agrega un requisito más, es la conocida "Cláusula Calvo", en donde se exige en el artículo 27 Constitucional, fracción I y en su Ley Reglamentaria, la Ley de Inversión Extranjera, en su artículo 15, así como el reciente reglamento de ésta, publicado en el Diario Oficial de la Federación el martes 8 de septiembre de 1998, bajo el nombre de "Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera y del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras", en el artículo 14.

En términos generales, la obligación consiste en que, cuando se trate de constituir una sociedad, deberá insertarse la cláusula de exclusión de extranjeros o, en caso contrario, deberá celebrarse un pacto expreso que integre a los estatutos sociales, en donde los socios extranjeros actuales o futuros, se obliguen ante la Secretaría de Relaciones Exteriores, a considerarse como nacionales por lo que se refiere a las acciones o partes sociales que adquieran, así como los bienes, derechos, concesiones, participaciones o intereses que tenga reconocidos la sociedad en cuestión, así como de los derechos y obligaciones que resulten de los contratos en que sea parte la misma.

Dicho convenio o pacto incluirá la renuncia expresa del extranjero a invocar la protección de su gobierno y, en caso de hacerlo, como sanción, perderá en beneficio de "la Nación" mexicana los derechos y bienes que haya obtenido.

A últimas fechas, se ha visto que las sociedades de responsabilidad limitada han tenido gran auge dentro de nuestro país, cuando se emprende un negocio entre socios extranjeros y nacionales. La razón de que dicha figura sea preferida por los socios extranjeros, especialmente norteamericanos, es que en su país se ven beneficiados en buena medida por la legislación fiscal.

El capítulo IV de la Ley General de Sociedades Mercantiles regula a esta figura de los artículos 58 al 86, inclusive.

“Dos notas esenciales caracterizan a la sociedad limitada:

que todos los socios responden de las obligaciones sociales sólo de un modo limitado.

a) que el conjunto de derechos de cada socio constituye una *parte social*, y no una acción”.¹³³

En la actualidad, resulta sencillo constituir una sociedad de responsabilidad limitada, ya que sus principales características, conjuntamente con las enunciadas por el maestro Mantilla Molina, son:

1. - Existe bajo una denominación o bien a través de una razón social.
2. - Dicha denominación o razón social va seguida de las palabras “Sociedad de Responsabilidad Limitada o su abreviatura “S. de R. L.”. En caso de que no se estipule, los socios serán responsables ilimitadamente, al igual que en las sociedades colectivas.
3. - Cualquier tercero que permita la inclusión de su nombre en la razón social, será responsable de las operaciones sociales hasta por el valor de la aportación mayor.
4. - El número máximo de socios es de 50.
5. - El capital social mínimo es el de tres millones de pesos (actualmente tres mil pesos, por la conversión de nuestra moneda).

¹³³ MANTILLA Molina, Roberto, “Derecho Mercantil”, Edit. Porrúa, S. A., México, 21ª Edición, Pág. 271.

6. - Este tipo social no puede constituirse a través de suscripción pública, ello se debe al carácter personal de la figura, es decir, entre los socios rige el rasgo distintivo de ser *intuitu personae*.

Ahondando un poco más acerca del porque los inversionistas norteamericanos prefieren a este tipo social, intentaré a grosso modo explicar las conveniencias de tal decisión, tomando en cuenta el artículo publicado por Nancy Becker y Adrián Zubikarai.¹³⁴

Los inversionistas de Estados Unidos de América en México pueden lograr tanto las ventajas de la responsabilidad limitada en nuestro país, como las ventajas fiscales en el suyo, si deciden utilizar dicho tipo societario, además de que se dé el caso de que pueda ser clasificada como una sociedad de personas bajo los principios fiscales de los Estados Unidos de América, en especial el Código Interno Tributario (Internal Revenue Code) de 1986 y sus enmiendas.

Las leyes mexicanas ofrecen gran cantidad de figuras jurídicas para realizar negocios. De acuerdo con nuestro sistema fiscal, todas ellas son contribuyentes, sin tomar en cuenta si son sociedades de personas o sociedades por acciones.

El instrumento corporativo más común, la sociedad anónima de capital variable, no es clasificado como una sociedad de personas de acuerdo con los reglamentos fiscales vigentes en los Estados Unidos de América.

A diferencia de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, la sociedad en comandita, ya sea por acciones o por intereses y, la sociedad en nombre colectivo pueden ser clasificadas como sociedades de personas para los fines fiscales de los Estados Unidos de América.

¹³⁴ "Mexican Limited Liability Company as a Vehicle for U. S. Investment in Mexico", publicado en "Direct Investment in North America, Analysis & Perspective" por The Bureau of National Affairs, Inc.

En tanto que en México a la Sociedad de Responsabilidad Limitada se le pueden fijar impuestos sin importar su condición de sociedad de personas o por acciones, su clasificación como contribuyente en los Estados Unidos de América dependerá de que conforme con la ley mexicana carezca de ciertas características corporativas. Hasta el 31 de julio de 1995, el Servicio Fiscal Interno de los Estados Unidos de América ("US Internal Revenue Service") no había emitido reglamentos de carácter impositivo ni algún dictamen en materia fiscal formulado en una carta dirigida a un particular (private letter ruling), que regulara o clasificara a la sociedad de responsabilidad limitada mexicana, aun cuando dicho organismo estadounidense, expresó de manera informal su preocupación sobre lo adecuado de este tipo societario para su tratamiento como una sociedad de personas, considerando principalmente las características corporativas de continuidad de vida y la transferencia libre de intereses.

La forma en que los Estados Unidos de América aplica impuestos a sus nacionales que invierten en una empresa situada en el extranjero, depende de la naturaleza de la entidad adoptada para llevar a cabo dicha empresa, para los propósitos fiscales en su país, sin que importe la clasificación de la figura jurídica adoptada de acuerdo con las leyes extranjeras. Los accionistas estadounidenses de una sociedad situada en el extranjero declaran generalmente ingresos para efectos fiscales de su país, solamente cuando obtienen un dividendo. Sin embargo, los Estados Unidos de América imponen un complejo régimen fiscal sin derecho a prórroga, bajo el cual se les puede actualmente requerir a los accionistas para que declaren su participación en el ingreso no distribuido, así como los ingresos de una sociedad extranjera, o de pagar los intereses de carácter tributario a su país que han sido diferidos en virtud del uso de una sociedad extranjera. Por tanto, la declaración fiscal en los Estados Unidos de América acerca de los ingresos obtenidos a través de una sociedad extranjera, frecuentemente puede ser prorrogada en la sociedad extranjera, sujetándose al régimen que no admite aplazamiento y dicha práctica se tomará como un riesgo

cambiarlo con las ganancias corporativas distribuidas y declaradas por un accionista estadounidense en el momento óptimo, considerando la posición del crédito fiscal extranjero del receptor y otros factores impositivos de los Estados Unidos de América.

La inversión en una empresa extranjera que sea considerada como una sociedad de personas ofrece un crédito fiscal extranjero en los Estados Unidos de América y otras oportunidades de planeación. Las leyes impositivas de los Estados Unidos de América aplican limitaciones a la capacidad de los contribuyentes estadounidenses para reclamar un crédito fiscal extranjero, pero el efecto adverso de algunas limitaciones puede ser evitado o reducido invirtiendo a través de una empresa clasificada como una sociedad de personas.

Si los inversionistas norteamericanos planean adquirir entre el 10 y el 50% de una empresa mexicana, como podría ser una negociación típica para un joint venture con inversionistas mexicanos y, la figura jurídica a emplear es una sociedad anónima de capital fijo o variable, en ese caso los dividendos de dicha sociedad se incluirán dentro de una partida denominada "canasta" especial de crédito de impuestos extranjeros, con lo que aumenta la similitud de que los inversionistas corporativos norteamericanos no podrán obtener el crédito completo de impuestos mexicanos asociados con dichos dividendos.

Contrariamente, si la inversión se realiza por medio de una figura clasificada como una sociedad de personas o partnership, esta limitación de "10/50" de la citada "canasta" no se aplicará. Aunado a ello, los Estados Unidos de América permiten que sus contribuyentes soliciten el crédito de impuestos indirectos por impuestos extranjeros pagados por una cadena de subsidiarias extranjeras; sin embargo, este crédito indirecto está disponible únicamente para dividendos de subsidiarias de tercer grado o niveles superiores, por lo que si se utiliza una sociedad de personas en vez de una por acciones, a un nivel, permite en forma efectiva que el

inversionista norteamericano use una cadena o eslabón de cuatro niveles de entidad, sin limitar el crédito indirecto.

Para que una sociedad de responsabilidad limitada pueda ser clasificada como una sociedad de personas bajo las leyes norteamericanas, debe excluir de sus elementos constitutivos dos o más de las siguientes características corporativas:

- a) Responsabilidad limitada.
- b) Administración centralizada.
- c) Transferencia libre de intereses.
- d) Continuidad de existencia.

4.3 ELEMENTOS DEL CONTRATO DE JOINT VENTURE O COINVERSIÓN.

Los elementos del contrato se pueden ver desde diferente perspectiva:

I.- Según Anibal Sierralta Ríos los elementos de un joint venture son:

1. - Naturaleza Contractual.

Este primer elemento es esencial, por el cual le permite, como ya vimos, diferenciarse de otras figuras jurídicas.

El contrato puede ser implícito o explícito, pero para que tenga existencia, es palmario que debe constar con los elementos esenciales del mismo que, tanto como en el Common Law como en nuestro sistema jurídico, pueden ser verbales o

escritos, aunque siempre es aconsejable esta última forma, en razón de los múltiples detalles complejos de la operación.

El contrato que da origen al joint venture debe manifestar claramente la intención de concebirlo, por lo que el animus de estructurarlo necesita estar presente para que se le dé nacimiento al negocio.

Es condición sine qua non de la relación entre los partícipes su manifestación, sea informal o formal.

Doctrinalmente, un joint venture no es un status creado por la Ley, pero en cambio, es una relación jurídica contraída en forma voluntaria y creada absolutamente ex contractu.

2. - Objeto Específico.

El contrato de joint venture debe presentar un propósito único predeterminado, por el cual los partícipes brindarán todo su esfuerzo (specific venture).

Este objeto ha sido denominado por Sergio Le Pera¹³⁵ como "ad hoc"; por Astolfi y West por su denominación anglosajona y otros, como Friedmann y Kalmanoff, le denominan modus operandi.

En Latinoamérica, el objeto más persistente para los joint ventures es la explotación de recursos naturales; por el contrario, en la producción, el turismo, la investigación conjunta, las patentes y la transferencia de tecnología o know how no tiene mucha aplicación

¹³⁵ Op. Cit., Pág. 74.

La importancia de este elemento reside en que sin él no hay contrato ni la operación existe, por lo que en la práctica se recomienda precisar el objeto contractual e incluso se detalla al mínimo la intención y el propósito de las partes con el fin de que en una futura disputa por la interpretación del contrato, los árbitros o jueces conozcan la voluntad y la intención de las partes.

Por otro lado, el objeto tiene un gran nexo con la gestión mutua (mutual agency), sin el cual ésta no podría entenderse, toda vez que no habría un parámetro o un linderero para la acción de los coventurers.

3. - Plazo.

El término o plazo tiene estrecha relación con el objeto, puesto que el plazo puede ser convenido claramente por las partes, puede ser determinable y estar supeditado al tiempo que necesite el proyecto específico por realizar.

Sin embargo, aún cuando exista un plazo si muere alguno de las partes, podría dar motivo a la disolución del joint venture, aunque existen algunos juristas que estiman que podría estipularse que un joint venture no concluyera por la muerte de uno de sus partícipes y así las cosas, no sería necesario que los contratantes se reserven el derecho de rechazar nuevos integrantes porque esta prerrogativa se entendería implícita.

Lógicamente, ello va a supeditarse a la naturaleza de los contratantes, ya que si se trata de personas físicas, es natural que el contrato termine, en razón de la característica de *intuitu personae* del joint venture. Pero, en tratándose de personas jurídico - colectivas, es dable que tal característica no sea determinante de la disolución de la operación.

4. -Gestión Mutua.

Se define como "la reciproca facultad (mutual agency) que tienen las partes para dirigir el negocio y obligarse por las gestiones que realicen en cumplimiento o en búsqueda del objeto específico del contrato. De esta manera los sujetos actúan dándose apoyo mutuo".¹³⁶

Como ya se dijo, la gestión conjunta tiene estrecho vínculo con el objeto específico del contrato, toda vez que al estar adecuadamente especificado éste, permitirá observar si las partes actuaron de buena fe o descubrir si la acción fraudulenta o negligente de ellas trajo perjuicios al negocio común.

La facultad que tienen los coventurers para administrar, tiene un límite que reside en aquello que es razonablemente necesario para impulsar el objetivo específico, por lo que se deben conducir como un buen padre de familia o como representante legal.

Esta representación es de carácter especial, ya que en la figura que se estudia, un miembro da vida a un negocio jurídico en nombre propio y de otra persona, de tal forma que, el negocio se considera como creado directamente por ésta. Además, esté fenómeno jurídico compromete a las otras partes.

5. -Control Conjunto.

La facultad de todos los coventurers de administrar el proyecto conjunto, no siendo exclusividad de ninguno de ellos, se denomina gestión conjunta, que es idéntica para las partes y lleva aparejada el control de la operación, dado que si existe la obligación de dirigir el proyecto, también se da el derecho de ejercer el control.

¹³⁶ SIERRALTA RIOS, Anibal, Op. Cit., Pág. 74.

Esta característica nace a la par del joint venture cuando los miembros se obligan ilimitada y solidariamente frente a terceros; de igual manera mantienen el control de la operación, ya que el error de un partícipe no sólo traería como consecuencia el desequilibrio en el negocio, sino también responsabilidad frente a terceros.

Luego entonces, si aplicamos el razonamiento jurídico, es dable que al haber responsabilidad solidaria frente a terceros, también concurre la gestión y control conjunto.

6. - Distribución de resultados.

Normalmente es el logro de utilidades, pero en materia de joint ventures se puede llegar a la afirmación de que se debe entender el vocablo ganancias no como la representación en dinero o bienes, sino como "un resultado con valor económico".

Es decir, los resultados deben tomarse como una valuación económica y no precisamente como la rentabilidad de un proyecto.

El joint venture tiende a satisfacer los intereses y necesidades de las partes, claro que con diferentes matices, tales como empresas que buscan una integración a un nuevo mercado o bien, otra que tratan de demostrar su liderazgo en tecnología en determinada área, pero que posteriormente dará lugar a que dicha empresa un objetivo más elevado en tanto que las utilidades obtenidas no le resultan particularmente sustantivas, en ese primer momento.

Lo característico del joint venture es que el lucro es consecuencia y no la finalidad inmediata.

Así, puede pactarse entre los miembros que se dé una participación sobre los ingresos brutos y no imperiosamente sobre las utilidades netas. De ese modo cada una de las partes tendrá utilidades individualmente según el resultado que estos ingresos reflejen en su patrimonio o ejercicio como unidad independiente del joint venture, lo que fiscalmente es bastante benéfico.

En consecuencia, la obtención de lucro no es objetivo o fin esencial del joint venture, que si se da en el caso de las sociedades comerciales en general. El propósito del joint venture puede abarcar desde desarrollar una nueva tecnología, abrir un mercado, realizar trabajos de investigación, entre otras.

Respecto a las pérdidas, no es primordial o no existe en la naturaleza del joint venture, que los partícipes acuerden distribuirlas, ya que ellos pueden, incluso decidir que todos participen en las utilidades, pero solo algunos en los perjuicios. Lo que está bien definido por la Corte Estadounidense y nos hace recordar que existen ciertos vestigios de la partnership.

7. - Intuitu personae.

Los orígenes de esta característica se remontan a los gentleman adventure, significaba una aventura conjunta que dos personas tomaban para ir en busca de algo hasta cierto punto desconocido de las operaciones navieras comerciales. Uno de los adventurers confiaba en las habilidades y experiencia de otra. Las operaciones se realizaban en razón de la persona misma.

La relación entre las partes busca que nadie más intervenga en la operación, toda vez que el propósito de una aventura conjunta significa confianza recíproca entre los partícipes, en razón de la especialización del negocio o la tecnología con la que contribuyen los contratantes. Incluso, se llega a estipular que los herederos no entrarán en la gestión conjunta y que en caso de la muerte de alguno de los miembros, el negocio se termine.

Aunque jurídicamente es posible establecer pacto en contrario en que se releve del carácter intuitu personae.

8. - Naturaleza Fiduciaria.

Consiste en la confianza plena entre los miembros, en la reunión de factores personales que se traduce en la buena fe, la confianza, la fidelidad, y la integridad (good faith, confidence, fidelity and integrity).

Los partícipes se deben la más alta lealtad y muchos actos o formas de conducta dables en otras relaciones contractuales aquí no tienen cabida. Es una característica peculiar del Derecho Común y de una gran rigidez que la jurisprudencia norteamericana no ha dejado de proteger.

La mutua lealtad es la que hace posible la confianza entre los contratantes y la que permite que puedan desenvolverse dentro de los límites de la liberalidad que posibilita el elemento denominado gestión conjunta.

Así pues, existen una serie de relaciones y deberes que convergen en los cuatro principios arriba citados y que va más allá de la simple buena fe que se da en los sistemas jurídicos latinoamericanos.

9. - Responsabilidad ilimitada.

En la partnership ya se encuentran claramente los signos de la responsabilidad ilimitada que tienen las parte frente a terceros y respecto del objeto del contrato.

Cada uno de los partícipes asume la responsabilidad frente a los terceros, pero con el límite de que ello se circunscribe al objeto del contrato, es decir, las partes responden por actos, obligaciones o compromisos que están vinculados directamente con el fin del contrato.

La responsabilidad tiene un gran vínculo con la gestión común, por ellos son elementos coexistentes.

Sierralta Ríos opina que este elemento puede ser modificado contractualmente, ya que de hacerlo no se desvirtuaría la figura, pues los riesgos son tomados para una tarea o fin específico al cual se aportan servicios, bienes o tecnología.

Si las partes no mencionan los límites de la responsabilidad, debe entenderse la misma sin restricciones. Por ello algunas legislaciones tratan de promover la formación y desarrollo de este contrato, otorgando incentivos fiscales y beneficios crediticios a fin de aliviar el riesgo o la responsabilidad ilimitada que adoptan las partes en una operación conjunta.

II.- Por su parte, Guillermo Cabanellas y Julio Alberto Kelly nos dicen:

a) Identidad de los participantes. Los joint ventures representan las relaciones entre dos o más empresas, de las cuales se identifican las siguientes categorías, de acuerdo con la forma jurídica de organización de tales empresas:

1. - Joint ventures en las que participan sociedades por acciones.
2. - Joint ventures en las que participen empresarios individuales.
3. - Joint ventures en las que participan entes del sector público.

4. -Otros tipos de joint ventures.

b) Nacionalidad de los participantes.

Entre éstas, básicamente se distinguen entre joint ventures puramente locales y joint ventures internacionales y, dentro de las últimas entre partes de un mercado común u otra zona de integración o cooperación económica y las que no se ajustan a tales supuestos.

La nacionalidad de los participantes es útil e importante, toda vez que la imputación de cierta relación entre las personas y un país o territorio tiene efectos jurídicos que pueden determinar acerca de la estructura que se dé al joint venture. Así, la Ley de Inversiones Extranjeras en su artículo 32 fracción II, impone a todas las personas físicas y morales que realicen habitualmente actos de comercio en nuestro país, que se inscriban en el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras.

c) Relación económica entre los participantes.

Este elemento es de suma importancia, desde el punto de vista de las normas que regulan la competencia. En la mayoría de las legislaciones antimonopólicas, el que se celebre un joint venture entre empresas que actualmente o en lo futuro sean competidoras, son susceptibles de que sean declaradas ilícitas.

Así, pueden distinguirse los siguientes tipos de relación:

1. - Relaciones horizontales, en donde se combinan dos o más empresas que actúan en el mismo nivel de producción.
2. - Relaciones verticales, en las que toman parte empresas que se desenvuelven en diferentes estadios del mismo proceso productivo.

3. - Relaciones de conglomerado, en donde las empresas que se relacionan no se ajustan a las hipótesis previstas en los numerales 1 y 2 pasados.

d) Duración de las relaciones entre los partícipes.

Como ya se dijo, en el contrato de joint venture debe establecerse un plazo mínimo, el cual será necesario para desarrollar a cabo una operación que derive en una interdependencia y contribución entre las empresas.

Una vez que la operación del negocio conjunto adquiere determinada armonía y secuencia, puede pronosticarse que dicha operación tenga un límite preciso o bien que se desenvuelva continuamente. Dicha apreciación tiene diferentes matices ya sea desde el punto de vista jurídico o empresarial, por lo que sí se crea una sociedad en virtud de un equity joint venture, deberá tener una duración prevista en el contrato social, pero en la realidad comercial, la permanencia del negocio conjunto puede estar supeditada a específicas situaciones tácitas o puede contemplarse la prolongación del plazo social en forma indefinida, si ocurre que el éxito de las operaciones sigue vigente.

e) Mecanismos para la adopción de decisiones.

Por su naturaleza misma, los joint ventures no precisan de una organización común ni de los sistemas centrales de toma de decisiones, como ocurre con las sociedades mercantiles. No obstante, dado que también el joint venture cuenta con un grado de colaboración entre los partícipes y una amalgama de sus estructuras empresarias, deben preverse ciertas formas que aseguren que las directrices se ajusten con el fin de realizar el objeto común y, con éste, los beneficios mutuos.

De esta manera, se puede distinguir entre estructuras de toma de decisión centralizadas y descentralizadas:

Sistema centralizado. Un órgano especial o una pluralidad de ellos, no identificados con ninguna de los contratantes, representan sus intereses comunes y gobiernan, administran o controlan el joint venture. Es el caso típico del equity – joint venture, toda vez que se da nacimiento a una forma societaria para instrumentar la relación, aunque puede darse dicha hipótesis también en los joint ventures contractuales.

Sistema descentralizado. En este tipo de estructuras, las partes toman en forma individual las decisiones, aunque supeditada a una debida comunicación y reuniones con el fin de sostener una debida coordinación.

Esta es la forma común, pero que no necesariamente deriva del joint venture contractual, pues impera la libertad de los contratantes para estructurar dispositivos comunes de adopción de decisiones, mientras que no se incurra en la suplantación de la estructura de órganos previstos en la legislación societaria.

Desde otro enfoque aplicado a los mecanismos de adopción de directrices, se puede distinguir entre sistemas de subordinación y de coordinación:

Sistemas de subordinación. Una de las partes ejerce, material o jurídicamente, el control de la operación conjunta.

Como ejemplo del control material tenemos cuando una empresa constituye un proveedor cautivo, proveyendo insumos a un solo o principal cliente y, como ejemplo de control jurídico cuando un partícipe del joint venture cuenta con la mayoría en las asambleas de accionistas de un joint venture proyectado a través de una sociedad por acciones.

Sistemas de coordinación. Es la posición opuesta del anterior sistema, o sea, no se da el predominio de alguno de los contratantes.

El abogado al decidir alguno de los dos sistemas, debe poner cuidado, ya que en los sistemas de subordinación debe prever la protección de los participantes subordinados, en tanto que en las estructuras de coordinación, deberá ponderar que ocurran futuras disputas, las cuales impedirán la toma de decisiones conjuntas, así como proyectar instrumentos para la continuación o disolución de la relación entre las partes para el caso de que sea imposible dirimir las diferencias existentes.

f) Riesgo. Para que al joint venture pueda dársele tal denominación, debe concurrir un riesgo tangible, es decir, una incertidumbre acerca de los posibles desembolsos y provechos que los contratantes harán y obtendrán por su intervención.

Cuando se trate de un equity – joint venture, el riesgo es aparente en forma total, ya que éstas suponen participación en las ganancias y pérdidas de la empresa; así mismo puede darse en forma expresa en otros tipos de joint ventures, hasta en tanto no se reúnan los demás elementos necesarios para una sociedad.

Como ejemplo de ello, tenemos a los contratos de transferencia de tecnología, en los que la retribución del transmisor depende de las utilidades obtenidas por el receptor.¹³⁷

En algunos otros casos, el riesgo es implícito, por lo que existe en virtud de los diferentes niveles de utilidad que pueden repercutir para cada coventurer según sea el éxito del negocio común, o bien, cuando se trate de créditos incobrables, inversiones no rentables y costo de oportunidad, como por ejemplo cuando una

¹³⁷ Cfr. Idem, Pág. 80.

empresa conviene en vender a otra de distinto país, diversas piezas de un producto que ésta última armará en su mercado y lo venderá localmente. Si la aventura conjunta fracasa, la proveedora de partes puede encontrarse ante una situación de insolvencia a cargo del deudor, debido a que sus ventas no resuelven la carga de los costos fijos e incluso, que se asoció con una empresa con poca capacidad de explotación del producto, en tanto que su competencia lo hizo con otras más hábiles en su rama.

III.- Por último, Javier Arce Gargollo, enmarca a los elementos del joint venture en:

- a) Elementos personales, a los que denomina, a mi parecer en forma errónea, como promitentes.

Afirmo lo anterior, dado que como ya se explicó anteriormente, si hablamos de un non – equity joint venture, el contrato por sí es definitivo, ya que no se celebrará posteriormente algún otro contrato por el cual se piense que el primero fue una especie de, como dicho autor lo dice, una promesa de contrato.

- b) Elementos reales, dentro de los cuales enmarca a los actos jurídicos futuros y el plazo.

De nueva cuenta, el autor al considerar al contrato de joint venture como una especie del contrato de promesa,¹³⁸ incurre en el yerro de atribuirle una naturaleza contractual preparatoria, la cual hasta cierto grado, se podría aplicar a la corporate joint venture.

En efecto, los actos jurídicos posteriores a la firma del contrato de equity joint venture serán los de constituir la sociedad mercantil que se encargue de realizar el negocio común

¹³⁸ Cfr. Op. Cit., Págs. 205, 209 y 211.

En cuanto al plazo, considero que debe ser una cuestión de orden práctico el estipularlo en el contrato de joint venture, ya que dependerá de la complejidad del proyecto común, por lo que será diferente en cada coinversión que se celebre.

c) Formales. Según Arce Gargollo, el contrato de joint venture debe constar por escrito para que tenga validez, pero de nueva cuenta se basa para afirmar ello en que el contrato es una especie de la promesa.

Legalmente, considero que no es necesaria tal formalidad, pero también por aspectos prácticos debe hacerse vía escrita, sobre todo por la complejidad de los negocios actuales, que además llevan imbuidos diversos contratos complementarios o satélites a los cuales nos hemos referido y, por tanto, servirán en su caso como un medio de prueba.

4.4 PARTES O CONTRATANTES.

En primer lugar, es necesario abordar la problemática acerca de la denominación que debe darse a las partes que celebrarán un contrato de joint venture.

En ese orden de ideas, nos encontramos ante la misma situación de tratar de encontrarle una traducción correcta al vocablo "joint venture", la cual tiene que dar a entender la figura en toda su extensión.

Como primer criterio, debe tomarse la palabra inglesa coventurer, la cual a su vez se deriva de la acepción también inglesa adventurer, la cual significa: "El que

participa en un negocio u operación aleatoria o riesgosa o bien, el participante en una empresa conjunta o joint venture...".¹³⁹

Por tanto, la acepción coventurer da la idea de la persona que inicia un negocio u operación, pero no la inicia sólo, sino que lo hace en forma conjunta con otro u otros adventurers, de ahí el prefijo "Co", que nos proporciona la figura de una empresa en el que la persona está ligada con otras.

Otro término que puede utilizarse para denominar a las partes intervinientes en un contrato de joint venture, el cual ya goza de la característica de estar en nuestro idioma es el de partícipe o participante.

Dichos vocablos tienen la deficiencia, hasta determinado punto, de que si se les ve en forma aislada no muestran a que tipo de contrato se refiere, por lo que en cierta medida, la palabra inglesa les aventaja dado que ya cuenta con un carácter internacional, lo que es de suma utilidad.

En el último de los casos, pudiera utilizarse la expresión "socio", pero ella tendría inconvenientes tales como el de que en tratándose de un contractual joint venture o non – equity joint venture, recordemos que la naturaleza de dicho tipo es su carácter contractual, porque como ya se dijo, la intención de los contratantes es no formar una sociedad tal como la entendemos en nuestro sistema jurídico, ya que lo que buscan dichos contratantes es mantener su autonomía. En pocas palabras, no existe el animus societatis o la affectio societatis.

En ese tenor, no cabe duda que el vocablo socio se puede aplicar a los contratantes que elijan iniciar un negocio a través del equity joint venture, ya que posteriormente seleccionarán alguno de los tipos societarios contemplados por la

¹³⁹ Voz: Adventurer. Cabanellas de las Cuevas Guillermo y Eleanor C. Hoague, Op. Cit., Tomo 1, Pág. 32.

Ley General de Sociedades Mercantiles y, por ende, es perfectamente válido aplicarles tal calificativo a las personas que intervienen en el negocio común.

Por otro lado, se puede afirmar que, actualmente, pueden ser coventurers tanto personas físicas como personas jurídico - colectivas, sin que importe la nacionalidad de ellas o, incluso que lleguen a ser verdaderas empresas gigantes que comercian por todo el mundo, por lo que es común leer en los periódicos dedicados a las finanzas que dos o más empresas del acero, refresqueras o de la más diversa índole inician negociaciones para conformar una joint venture.

Las grandes empresas transnacionales, suelen encontrar cierta resistencia cuando deciden formar joint ventures, en lo que a sus objetivos se refiere.

En primer lugar, el hecho de que hayan llegado a ser lo que son, implica por naturaleza que siempre han operado teniendo un completo control de sus negocios, ello sobre la base de la creación de subsidiarias o filiales completamente propias, en lugar de acudir a formar joint ventures societarias u otras figuras de tipo contractual.

Los motivos de esta preferencia radican con frecuencia en que estas empresas son reacias a compartir el control de los activos intangibles, tales como la tecnología, además de que guardar con sumo celo la calidad y la presentación de sus productos.

No obstante, cuando la legislación de un país busca salvaguardar el control por parte de empresas o individuos nacionales, las citadas transnacionales no tienen alternativa, sino el camino del joint venture.

Para las transnacionales, las aptitudes de celebrar un joint venture con empresarios locales en países en desarrollo están interrelacionadas con la estructura internacional de sus industrias y mercados, sus estrategias globales, sus experiencias pasadas y su identidad nacional.

Particularmente, las transnacionales estadounidenses han evitado los joint ventures cuando:

1. - Se trate de industrias de alta tecnología;
2. - En negocios con operaciones exhaustivas de marketing –alta diferenciación de producto y esfuerzos de promoción y penetración de marcas y,
3. - En operaciones que requieran racionalización regional y global.

Por su parte, las transnacionales de Europa Occidental generalmente aceptan suscribir contratos de joint ventures aún con una proporción de propiedad de 50 a 50 en países subdesarrollados, excepto las empresas que son líderes en sus industrias y con alto desarrollo tecnológico, por lo que se comportan en forma similar a las estadounidenses.

Si de transnacionales japonesas se trata, éstas tienen la tendencia de operar con joint ventures en países asiáticos y, en menor grado, en Latinoamérica.

En el ámbito jurídico, las partes necesitan de la capacidad general para contratar y, tratándose de personas extranjeras se estará a lo que disponga la Ley de Inversión Extranjera, máxime cuando se trate de un equity – joint venture.

4.5 OBLIGACIONES DE LOS CONTRATANTES.

Adicionalmente a las aportaciones que los participantes del joint venture realizan, ambas deben cumplir con ciertas responsabilidades y obligaciones tanto en la fase de constitución y puesta en marcha del joint venture como en sus operaciones iniciales y su posterior gestión y funcionamiento, lo que significa que habrá una serie de discusiones y negociaciones al respecto.

En la especie, este tema se refiere a los aspectos tales como controles de calidad, la contratación de mano de obra, relaciones con los proveedores, sindicatos y gobierno, así como programas de investigación y desarrollo entre otros.

En los joint ventures de tipo contractual, estas obligaciones y responsabilidades de las partes son más extensas en lo que a ellas se refiere.

De manera más específica, las obligaciones principales de los coventurers serán las siguientes:

1. - Contribuir con lo pactado, ya sea aportaciones en numerario, en especie, experiencia, etc.

Si se trata de un partícipe extranjero, sus participaciones podrán ser:

- a) Créditos.
- b) Equipos.
- c) Tecnología.
- d) Managment o administración.

e) Mercados externos.

Por su parte, el coventurer nacional aportará:

a) Recursos naturales.

b) Mano de obra y profesionales capacitados con bajo costo.

c) Plantas industriales montadas.

d) Aunque este elemento no es muy común estipularlo en el contrato respectivo, el socio local puede aportar su influencia y contactos en el gobierno y medios empresarios.

En la mayoría de las legislaciones sobre inversiones extranjeras de América Latina, se consideran aportes capitalizables de los socios extranjeros a las divisas, maquinaria y equipos, otros bienes físicos tales como repuestos, componentes, materias primas y bienes semielaborados; los bienes intangibles tales como patentes, marcas, know how o asesoría; los créditos y la reinversión de utilidades.

También debemos distinguir entre los recursos con los que se participa en el arranque de las operaciones y los que se aportan cuando una empresa ya está funcionando y con cierto lapso de estar en funcionamiento. Así, una marca puede aportarse desde el comienzo de la coinversión, en tanto que la reinversión de los beneficios puede darse como participación cuando el negocio está en marcha y con determinado tiempo de operar, toda vez que las utilidades sólo se reconocen una vez que han terminado los ejercicios fiscales, de acuerdo con las leyes respectivas del país huésped, o sea donde se realiza el negocio común.

Por otro lado, los partícipes de acuerdo al tipo de aportaciones que entreguen perseguirán diversos objetivos, al tomar como parámetro el tipo de actividad a la que se van a destinar. Así, pueden destinarse para la suscripción e integración del capital accionario inicial, en el caso de un equity – joint venture; para lograr la compra de una parte del paquete accionario a otros accionistas; para formalizar el aumento de capital, o bien para realizar una operación de “debt swapping”, intercambiando títulos de deuda externa, frecuentemente cuando se dan casos de inversiones a través de capitalización de deudas.

Los recursos se utilizarán en la integración, en su caso, del capital social o bien, se destinarán a capital de trabajo, o para la compra de inmuebles tales como terrenos, edificios y construcciones, bienes de capital, equipos, componentes, insumos y materias primas sin procesar.

No obstante que algunas legislaciones o tipos de joint ventures permitidos en determinados países, puedan no aprobar los diferentes tipos de aportaciones con las que pueden colaborar tanto los coventurers extranjeros como los nacionales, dichos aportes por lo general consisten en:

- a. Divisas de libre convertibilidad, por lo general es una aportación monetaria dada por el participante extranjero en el joint venture.
- b. Moneda local, la que por lo regular es una aportación exclusiva del participante nacional, si bien, cuando se da el supuesto de una capitalización de deuda, el partícipe foráneo colabora también con moneda local, que es la que el banco central le entrega por los títulos de deuda que dicho extranjero ha adquirido, aún cuando se contabilice y se registre en su contravalor en divisa extranjera.
- c. Créditos, en donde la capitalización de créditos como aportación al joint venture por parte del coventurer foráneo es frecuente y aceptada en varios países.

Otro tipo de contribución, aunque no capitalizable al principio, es la adquisición de un financiamiento, que puede ser aportado por el participante local, cuando la fuente puede ser la banca del propio país donde reside el joint venture, o también por el partícipe extranjero, cuando proviene de instituciones de la banca privada del exterior, organismos de créditos de exportación o entidades del exterior que otorgan créditos de tipo concesional.

Otra característica al analizar la conveniencia de formar un joint venture, se refiere a cuál de los partícipes deberá actuar como acreditado, pudiendo ser el participante extranjero, el local, o bien, ambas partes como un todo dentro del joint venture.

- d. Capitalización de deuda, la que es habitual en los últimos años en Latinoamérica, además de otros países con altos niveles de endeudamiento. El sistema de debt swapping permite a los socios extranjeros, después de realizar una serie de trámites para obtener autorizaciones de diversas autoridades del país huésped, comprar deuda pública de éste en los mercados secundarios internacionales de deuda, al valor de mercado, para después presentarla para su canje por moneda local en los países donde se realizará la inversión a través del joint venture. En la mayoría de los países se toma una tasa de descuento, variable en cada uno de ellos, pero la compra de los títulos de deuda en el mercado secundario se realiza en condiciones de gran ventaja, con lo cual la inversión real en divisas tiende a ser más baja.
- e. Bienes de capital y equipo, lo que frecuentemente es aportado por el partícipe extranjero, ya que fabrica o tiene los medios para obtener equipos de mayor avance tecnológico, aunque el coventurer nacional también puede contribuir con ellos, no importando que sean bienes de capital nuevos o con cierto grado de demérito.

-
- f. Terrenos, edificios y construcciones, las más de las veces será un aporte del partícipe local, por lo que incluso puede tratarse de una fábrica totalmente montada que no explote su capacidad al cien por cien.
 - g. Repuestos, partes, piezas, componentes, materias primas y bienes semielaborados, los que pueden ofrecerse como un aporte inicial del joint venture, frecuentemente por el participante extranjero.
 - h. Bienes terminados, esta aportación opera en algunos casos de un non – equity joint venture; para la comercialización y distribución de mercancías, el coventurers extranjero remite productos terminados como aporte inicial, para integrar el primer cargamento que será comercializado. Se da por lo regular en bienes de consumo más que en bienes industriales.
 - i. Recursos naturales, es común que sea un aporte del inversor nativo, propietario del factor tierra.
 - j. Mano de obra, caso en el cual el partícipe local puede colaborar con mano de obra y profesionales calificados baratos, aunque no es una aportación capitalizable, sino que resulta una ventaja muy aliciente para el partícipe foráneo.
 - k. Capacidad gerencial, la administración o management del participante foráneo es una aportación representativa de los contratos de joint venture, pero recordemos que puede llegar a pactarse que los participantes coexistan en la conducción de la empresa conjunta.

Otra hipótesis dable, es que pueda celebrarse un contrato de administración como satélite del contrato de joint venture, o bien que se tome como aportación, a través de un contrato de asistencia técnica, en donde el foráneo participa con dicha capacidad a la empresa.

-
- l. Tecnología, casi siempre aportada por el partícipe extranjero y, en contadas ocasiones, el socio nativo puede aportar algo. La capacidad tecnológica puede ser un aporte inicial y van, como ya se dijo anteriormente, desde una licencia de propiedad industrial, intelectual, marcas, diseños industriales, know how o asistencia técnica.
- m. Reinversión de utilidades, por lo general en todos los regímenes que regulan la inversión extranjera, ¹⁴⁰ se acepta la reinversión de utilidades como aportación del participante extranjero en un contrato de joint venture.
Ello es lógico de suponer, toda vez que constituye una cantidad mayor de inversión extranjera en el país, lo que repercute directamente en el beneficio de la economía nacional.
Pero, también es dable que el participante local pueda aumentar su participación en el negocio, máxime si se encuentra bajo el supuesto de que se haya constituido una sociedad por el efecto de un equity joint venture.
- n. Acceso a mercados externos, por lo regular es una contribución del participante extranjero, quien debe contar con una probada experiencia de inserción en los mercados internacionales, o bien, tener una red apta para comercializar y distribuir los productos a nivel también internacional. Dicha aportación habitualmente debe valorarse a través de un contrato entre el joint venture y el coventurer extranjero, toda vez que es de performance futura, es decir, el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato se dará mas adelante, cuando el partícipe foráneo, conforme mayores sean las ventas que realice mayor será su retribución, dando por sentado que ésta será basada en un nivel porcentual sobre las exportaciones facturadas y cobradas. No obstante, puede darse el supuesto que sea una aportación preliminar, a través,

¹⁴⁰ Cfr. Art. 38 del Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera y del Registro Nacional de inversiones Extranjeras, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 8 de septiembre de 1998.

por ejemplo de un contrato de asistencia técnica, a través del cual el socio foráneo inicia al joint venture en las formas de colocar los productos en el mercado internacional.

- ñ Acceso al mercado local, si el participante foráneo del joint venture intenta tener una participación más consistente en el mercado interno y, el partícipe nativo tiene una desarrollada capacidad, experiencia comercial y sistema de comercialización propia o controlada, puede hacer incrementar esos factores en el joint venture.
- o. Conocimientos del entorno del país, pese a que es una contribución del participante local para hacer más atractiva la posibilidad de emprender un negocio conjunto, por lo general no tiene la característica de ser una aportación a la constitución de un joint venture.
- p. Influencia y contactos con gobierno, cámaras y sindicatos, que son atributos netamente del inversor nativo. Es un elemento atractivo para el inversor extranjero, pero ello no constituye por lo general una aportación capitalizable, ya que es de difícil valuación para esos efectos.
- q. Red de proveedores, aquí la situación es análoga al punto anterior.

2. - En el caso de que se haya celebrado un equity joint venture, otra obligación de los coventurers será, como se dijo antes, la de constituir la sociedad que será la vía para llevar a cabo la empresa conjunta, pero sólo en ese caso, ya que si se trata del tipo contractual joint venture, esa obligación no nacerá para los partícipes.

4.6 ADMINISTRACION Y CONTROL DE LA SOCIEDAD.

Un aspecto que tiene una importante relación con la formación de la empresa conjunta, la composición del capital y los diferentes tipos de aportaciones, es la referente a las técnicas de control de dicha empresa. El vocablo control lo utilizaremos como la forma de ejercitar el poder y no al control en el sentido de auditoría para detectar las posibles anomalías en los aspectos operativos o logísticos de la estrategia implementada. Algunos autores opinan que el control de la empresa conjunta se ejerce en proporción al valor de las aportaciones de los participantes y, en su caso, la proporción correspondiente en el capital social, pero existen otras modalidades de concederlo y/o ejercerlo, como por ejemplo, la influencia y los derechos de voto, el control de los derechos de propiedad industrial y el nivel de financiamiento. Por consiguiente, hay que poner especial atención en todos esas circunstancias para establecer un tipo aceptable de participación en el capital.

El cuadro directivo, también llamado órgano de administración, de la empresa conjunta es la pieza clave para la formulación de las políticas básicas de ésta. En ese sentido se debe negociar como será su integración, en particular en lo que concierne al número de miembros, composición, procedimientos de nombramiento, procedimientos de veto y atribuciones, lo que por regla general se encuentra previsto en nuestra legislación societaria.

En caso de que se nombre un presidente o director general de la empresa, pueden darse algunas hipótesis:

1. - El presidente es nominado por uno de los participantes con el consentimiento del otro. Este sería el supuesto más sencillo y el que mejor funcione.

-
2. - Presidentes que se alternen, uno por cada socio, durante un período establecido en forma preliminar. Lo que puede funcionar también en una forma dual, es decir, que haya una alternancia entre presidente y vicepresidente.
 3. - Una presidencia compartida. En donde la práctica ha demostrado su fracaso por una gran dificultad que paraliza las funciones de la empresa.
 4. - Ejecutivos funcionales con cargos de directores, en donde lo que se hace es distribuir las labores de producción y calidad, administración y personal, finanzas y comercialización, etcétera.

En la negociación debe también definirse de donde se escogerán los gerentes que se encargarán de manejar los aspectos anteriormente citados, además de la gerencia general, en caso de que no se hayan dado dichos nombramientos.

Las soluciones al respecto son varias, un ejemplo podría ser que las funciones administrativas y técnicas quedarán bajo la responsabilidad del socio extranjero, así como la comercialización internacional, quedando a cargo del socio local la comercialización dentro del propio país o mercados vecinos. Otra hipótesis es que, el socio extranjero tenga a su cargo la administración, pero ponga en marcha un plan de capacitación a personal local, para que conforme vayan tomando más experiencia, se les deje a cargo de mayores responsabilidades. Suele suceder que el personal del país huésped tiene una mayor comprensión de los problemas del mercado local que el personal extranjero, aunado a que resulta menos oneroso.

También resulta útil el negociar la probabilidad de realizar transferencias de personal entre los socios.

Los gerentes de ambos coventurers pueden no conformar un grupo homogéneo y con afinidad, pero facilitan la transmisión de información y la comunicación de ambos socios al joint venture, en tanto que sí los gerentes son de una sola de las

partes, como en los joint ventures dominantes, puede tal vez darse un grupo estable, pero acarreará como consecuencia que se complique la comunicación con el otro socio.

Un último supuesto es que, en determinadas ocasiones, resulta favorable contratar a personal que provenga fuera de la compañía, es decir, gerentes que vengan de terceras empresas que radiquen en el país donde se lleva a cabo la coinversión. Una ventaja que puede darse es que dicho personal puede tener mayor objetividad que un denominado gerente de línea que provenga de las filas de alguno de los socios pero, un inconveniente puede ser que no se encuentre involucrado con la cultura empresarial de ninguno de los participantes. Por otro lado, al examinar las características de los gerentes que provengan de los socios, lo más seguro es que ya cuenten con esa cultura; sin embargo, pueden incurrir en la no tan deseable conducta de que prestan más atención al desarrollo y movimientos de la empresa participante que a los del joint venture, debido a que éste puede haber sido utilizado sólo como un peldaño más para lograr un ascenso en aquella, que es donde realmente desea desarrollar su carrera.

Otro de los aspectos que deben tomarse en cuenta en tratándose de este rubro, es la forma y frecuencia con que se realizarán las auditorías en los sectores anteriormente mencionados, así como los métodos a través de los cuales se decidirán las políticas empresariales, ya sea en los niveles de alta dirección o bien con la gerencia general o la gerencia de línea.

Es importante distinguir que en los casos de los joint ventures contractuales, la designación de altos directores no se da, por lo que generalmente se utiliza la figura denominada "team leader", también designada como sponsor, capo-fila o chef de fil, que es quien se encargará de coordinar las actividades del grupo y cada contratante contribuye con uno o varios gerentes para el manejo de la producción, construcción o prestación del servicio.

En ese orden de ideas, otra interrogante de gran interés es la relativa a quién controlará las operaciones en cualquier joint venture. Ya dijimos anteriormente que, distintos empresarios y abogados consideran que el control de la empresa conjunta se desenvuelve de acuerdo al valor de las aportaciones de los participantes y, en su caso, en proporción al valor de la tenencia accionaria en el capital social. No obstante, es dable que existan otros modos de concederlo así como de ejercerlo.

Por lo que respecta a las acciones con derecho a voto, existen las hipótesis previstas por la Ley General de Sociedades Mercantiles, en el artículo 6º, que se refiere a los elementos de la escritura constitutiva, válidos también para la confección de una póliza otorgada ante corredor público y, en donde en sus fracciones VIII y IX se refiere a la manera en que será administrada la sociedad, las facultades de los administradores, así como el nombramiento de éstos y la designación de quienes ejercerán la firma social.

El artículo 10 del citado ordenamiento se refiere en su primer párrafo a que el administrador o los administradores son los representantes de la sociedad mercantil y, por ende pueden realizar todas las operaciones relativas al objeto social, con excepción de lo que en forma expresa dispongan la ley y el estatuto social.

Por lo que se refiere a la sociedad de responsabilidad limitada, el artículo 77 de la misma Ley nos dice que la asamblea de socios es el órgano superior de la sociedad y sus resoluciones deben tomarse en primera convocatoria por la mayoría de votos de los socios que detenten por lo menos la mitad del capital social, salvo que se estipule una mayoría más elevada en los estatutos. Si dicho quórum no se logra, debe hacerse una convocatoria para una segunda reunión, en donde se tomarán las resoluciones por mayoría de votos, sin importar la porción del capital representado.

En tratándose de la sociedad anónima, el artículo 91 de la referida Ley, en su fracción VI, nos dice que además de los requisitos señalados en el artículo 6º, la escritura constitutiva debe contener, además, las facultades de la asamblea general, así como las estipulaciones para que sus deliberaciones tengan plena validez, además de los supuestos en que el ejercicio del derecho de voto puede ser modificado por los accionistas, en cuanto a las disposiciones legales aplicables.

Por lo que se refiere a los quórum de las asambleas en la sociedad anónima, los artículos 189 al 191 inclusive, prevén el número de acciones que deben estar representadas para que dichas asambleas sean válidas; así una asamblea ordinaria en primera convocatoria, para que se considere validamente reunida, debe estar representado por lo menos la mitad del capital social y válidas sus determinaciones cuando voten la mayoría de los presentes.

Por lo que a las asambleas extraordinarias se refiere, deberá estar representado siquiera las tres cuartas partes del capital social y sus acuerdos se tomarán por el voto de las acciones que representen la mitad del capital social, salvo estipulación de los socios que fije una mayoría más elevada.

En segunda convocatoria, por falta de quórum en la primera reunión, si es una asamblea ordinaria se decidirán los asuntos enumerados en el orden del día, sin importar el número de acciones representadas.

Si se trata de una asamblea extraordinaria, las resoluciones se tomarán invariablemente por el voto favorable de las acciones que representen siquiera la mitad del capital social.

Algunas de las combinaciones que pueden darse en cuanto a las acciones con derecho a voto, podrían ser las siguientes:

-
- a) Minoría extranjera, con un 51% o más del capital social.
 - b) Mayoría Extranjera, que detente el 51% o más del capital social.
 - c) Tenencia accionaria al 50%-50%.
 - d) Un esquema de 49%-49% con un 2% acordado a una tercera parte, o variaciones de dicho esquema.

De lo que no cabe duda es que las acciones con derecho a voto no necesariamente nos muestran quién es el que ejerce el control efectivo del negocio común, por lo que podría pensarse, por ejemplo, en un proveedor exclusivo de tecnología o que goza de una marca registrada que será utilizada por el joint venture, lo que acarrearía como consecuencia que el control efectivo será detentado con menos del 50% de tenencia accionaria. Inclusive, las regalías por esa transferencia de tecnología pueden ser más redituables que los frutos futuros del negocio común, aun en la hipótesis de una participación 50 a 50.

Otro factor influyente puede ser las influencias con el gobierno, en caso de que el objeto del joint venture se dirija a ser un proveedor de servicios al Estado. Igualmente, el allegarse recursos a través del financiamiento puede constituirse en otra forma de presión y control.

La idea de "órganos" al estilo societario en un joint venture para la toma de decisiones no puede contemplarse como algo estructurado o normado.

Pero, es indiscutible que las decisiones deben tomarse, pues en caso contrario no se daría precisamente la tarea de la colaboración, sino de cumplimiento de tareas distintas que podrían llegar a ser contradictorias e incluso causar muchos inconvenientes.

Pero tal situación es más aparente que real, puesto que, generalmente, por cuestiones prácticas se crean mecanismos o modalidades de gobierno o dirección, para la toma de decisiones que tienen como premisa mayor el cumplimiento del objetivo común, dentro de un marco de absoluta viabilidad y variabilidad, por lo que puede recurrirse, según las necesidades a diversas figuras tales como comités de decisión, canales técnicos de comunicación, asambleas, etcétera.

Como ya diferenciamos a los tipos de joint venture, la forma de llevar a cabo la administración de la empresa conjunta dependerá de la decisión de llevar a cabo un joint venture agreement o bien, un joint venture corporation, pues en este último caso, los participantes tendrán que ceñirse a las disposiciones que al respecto señala la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Al respecto, "no se debe confundir sobre quién recae la autoridad en una sociedad mexicana. Conforme a nuestro sistema, la autoridad última recae en los accionistas y las decisiones de éstos se implementan mediante el Consejo de Administración y funcionarios de la sociedad. La estructura y operación del Consejo depende de los accionistas, por lo que es necesario que el joint venture contemple los mismos términos que los que se pretende tener en la escritura constitutiva".¹⁴¹

Así pues, es lógico que una de las negociaciones más difíciles entre las partes que formarán un joint venture, es la relativa al control y a la administración que a cada una le corresponderá sobre la empresa común.

En caso de que se realice una equity joint venture y, por ende surja una nueva persona jurídico - colectiva, cada uno de los socios querrá garantizar sus derechos e intereses implicados en la sociedad. Por lo general, lo que se hace es reconocerle determinados derechos a los socios minoritarios, tanto en las

¹⁴¹ BERDEJA PRIETO, Agustín. Op. Cit., Pág. 13.

asambleas como en las juntas del consejo. Tales derechos pueden referirse básicamente a la forma de realizar las convocatorias de asambleas, a puntos adicionales que pueden tratarse en la asamblea extraordinaria, a los quorums de asistencia y de votación en las asambleas, al derecho de designar consejeros y comisarios.

“También se protegen los derechos –del socio extranjero, por lo general- para intervenir directamente en la administración, mediante la creación de comités o la necesaria consulta al Consejo de Administración, para decisiones importantes relacionadas con la marcha del negocio (nombramiento de directores, inversiones en activos fijos, políticas de ventas, fijación de precios, nuevas líneas de productos, ventas de exportación)”.¹⁴²

En virtud de las múltiples diferencias que se pueden dar entre los participantes, en tratándose del control de la empresa, es necesario pactar un acuerdo de accionistas o de socios para definir los papeles que cada uno desarrollará. En caso de que haya pocas posibilidades de que exista un contratante principal o de que éste pueda poner al socio minoritario en desventaja, por ejemplo, si éste aporta la tecnología, será más recomendable otorgar al socio principal, quien supuestamente tendrá las condiciones más destacadas, como son las de un coventurer local en un joint venture internacional, tomar las decisiones diarias, aunque en caso de que se dé un acuerdo de tales características el socio mayoritario querrá que se le otorgue el derecho de veto en decisiones muy importantes.

Algunos de las circunstancias que hay tomar muy en cuenta al momento de negociar el control del joint venture son las siguientes:

1. - Participación relativa de cada socio en las utilidades del negocio común.

¹⁴² ARCE GARGOLLO, Javier. Op. Cit., Pág. 213.

2. - Proporción relativa de los socios en los activos del joint venture.

3. - Derechos de voto sobre:

- a) Nombramiento de directores;
- b) Distribución de utilidades;
- c) Cambios en la estructura y objetivos;
- d) Patentes y marcas;
- e) Calidad del producto;
- f) Estrategia global de la empresa.

3. - Los casos en que se podrá vetar alguna resolución.

4. - Pago de regalías, cantidades fijas o bien honorarios por:

- a) Licencias;
- b) Administración o management;
- c) Directores;
- d) Servicios Especiales como mercadotecnia, auditoría, entre otras.

5. - No olvidar las disposiciones de las leyes sobre inversiones extranjeras del país receptor, ya que como es sabido, su objeto es regular e incluso limitar la participación de capital extranjero, así como gravar con impuestos muy fuertes la remisión de utilidades.

4.7 MODALIDADES.

Recordemos que nuestro Código Civil, en sus artículos 1938 al 1941, regula a las obligaciones condicionales, que son aquellas que su nacimiento o su resolución dependen de un acontecimiento futuro e incierto, por lo que las condiciones pueden clasificarse en suspensivas o resolutorias.

Entendemos a la condición suspensiva como aquella de la que su cumplimiento depende que nazca una obligación.

Por su parte, la condición resolutoria se presenta cuando nacida ésta, da por resuelta la obligación, por lo que el efecto es que las cosas vuelvan al estado que se encontraban, igual como si dicha obligación nunca hubiera nacido.

Dentro de este apartado trataremos de estudiar algunas de las hipótesis que pueden sujetar al contrato de joint venture a una condición, además de la manera en que dicha modalidad puede injerir en el negocio común, según Javier Arce Gargollo:

1. - El primer caso sería cuando el contrato puede estar sujeto a una condición suspensiva de la que dependa que el contrato de coinversión produzca efectos. Por ejemplo podemos hablar del otorgamiento de una concesión que será explotada a través del joint venture; otro caso sería el permiso correspondiente para adquirir ciertos bienes inmuebles por parte de un extranjero, de conformidad con lo establecido por el Título Segundo de la Ley de Inversión Extranjera, en su artículo 10-A, así como el título segundo, capítulo primero de su Reglamento,

también se puede pensar ciertos permisos de importación de activos, el otorgamiento de una patente o una marca; la aprobación por parte del Registro de Transferencia de Tecnología de un proyecto de un contrato, la obtención de un pedido de determinadas ventas en un concurso, entre otros supuestos que serían relevantes para la existencia y operación del contrato común.

2. - Otro de los casos en que se puede pensar en que se sujete a una modalidad el contrato de joint venture, en cuando en la etapa inicial, los contratantes llevan a cabo un contrato de joint activity o joint work agreement, por el que se obligan a ejecutar determinada actividad, cuya consecuencia establecerá la utilidad de constituir y operar un equity joint venture.

Las partes convienen que, en determinado periodo, cada una laborará en proyectos específicos o estudios para el negocio venidero. Un ejemplo de ello sería que el participante nativo realice una investigación de mercado sobre un producto determinado que se va a fabricar y vender, además de los posibles clientes, precios, distribuidores, competencia, el monto de la inversión, los programas de comercialización, etcétera; por su parte, el inversionista extranjero, se encargará de indagar sobre los métodos de producción, la maquinaria, la materia prima disponible en el país, los costos de producción y los proveedores. En la fase indicada, los contratantes exponen sus conjeturas y la conveniencia de llevar a cabo el negocio común, de tal manera que el contrato de joint venture depende de las bases de información que los coventurers suministren en la primera etapa asociativa, para constituir una o varias sociedades y consumir los actos jurídicos relacionados. En estos contratos, en los que no se constituye una nueva sociedad (non equity – joint venture), pero donde se da el elemento de un interés común, debe preverse por cuenta de quien corren los gastos efectuados y las responsabilidades de cada contratante.

Para este tipo de contratos, que se distinguen por tener una etapa previa de análisis del futuro negocio, también conocida como fase preliminar, es importante especificar los elementos de opinión que los posibles contratantes tienen como sustento para tomar la decisión acerca de constituir la nueva sociedad. Pudiera darse el caso, no muy recomendable, de que se recurriera a la celebración de una asociación en participación, donde el contratante local fuera el asociante y el inversor extranjero el asociado, para después transformar o aportar (cesión de contrato) a una sociedad mercantil.

3. - Un tercer supuesto de que surja una modalidad dentro del contrato de coinversión, es cuando se establezca al propio contrato además de sus efectos a una condición extintiva, en donde se produzcan efectos no retroactivos a partir del momento en que el acontecimiento se presente, ello con fundamento en el artículo 1941 del Código Civil. Pongamos un ejemplo: Se lleva a cabo la celebración de un contrato de equity joint venture sujeto a la condición extintiva de que la sociedad que se constituya se disolverá y se liquidará, además de que todos los actos jurídicos relacionados se tendrán como finiquitados en caso de que se revoque la concesión otorgada o sí se prohíbe la importación de ciertos bienes o, en caso de que surjan otras circunstancias específicas de las que dependa la existencia de la sociedad.

Es importante hacer mención que toda vez que las sociedades no pueden supeditar su existencia a una condición extintiva, dicha modalidad debe instituirse en el contrato preliminar o contrato base y, a continuación, en los estatutos sociales como causa especial de disolución de la sociedad, equiparando dicha causa a la prevista en la fracción II del artículo 229 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que se refiere en esencia a la imposibilidad de seguir realizando el objeto social.

4.8 INCUMPLIMIENTO.

El incumplimiento es una de las causas previstas para la terminación de un contrato de coinversión. Es importante prever que pueden aparecer en el futuro conflictos entre las partes en el contrato respectivo de joint venture, por lo que es recomendable que se negocie entre ellas con el fin de incluir ya sea en el contrato o en la constitución de la sociedad, dependiendo del tipo de coinversión de que se trate, las reglas para la solución de sus controversias, los tribunales competentes y las leyes aplicables e incluso, la determinación de organismos que puedan servir para situaciones de arbitraje, por ejemplo, nombrar a algún corredor público que por disposición expresa de la Ley Federal de Correduría Pública, en su artículo 6º, fracción IV y su respectivo Reglamento, en su artículo 57, cuenta con facultades para actuar como árbitro para solucionar disputas de carácter comercial

Aquí cabría distinguir dentro de que tipo de arbitraje se ubicaría al que se someterían las partes ya que existen diferentes clases de él, entre las que se pueden distinguir el arbitraje de derecho público y arbitraje de derecho privado, así como el arbitraje interno y el arbitraje internacional.

Así, el arbitraje de derecho público trata de resolver las controversias entre distintos Estados que se conducen como entidades soberanas, por medio de árbitros nombrados libremente y sobre las bases de respeto a las instituciones jurídicas. Por su parte, el arbitraje privado, trata de zanjar las diferencias que aparecen entre particulares entre sí o entre éstos y los Estados cuando se despojan de su imperium o poder soberano.

Cuando hablamos del arbitraje interno, es cuando se trata de aquél por el cual se resuelve una cuestión dentro de un mismo sistema jurídico; en cambio, el tipo internacional se da cuando aparece un elemento foráneo, que presenta rasgos distintos del carácter local de una controversia; es decir, éste último aparece cuando uno de los contratantes es extranjero o cuando los efectos del convenio

ocurren en el exterior, o bien, lo usual es que se haga patente alguna relación con otra legislación distinta a la local.

Ahora bien, dentro de las categorías anteriormente citadas, puede surgir otra, en donde se ventilen polémicas de carácter estrictamente mercantil o bien controversias únicamente de naturaleza civil.

En relación directa con el contrato de joint venture, esbozaré el tipo de arbitraje comercial, ya que éste existe por la contratación y desarrollo de las relaciones de negocios, tanto nacionales como internacionales, por lo que es útil para ventilar aquellas diferencias que se presenten entre los contratantes.

En los contratos se estipulan determinadas condiciones que durante la vigencia del contrato y a través del tiempo son factor de diferencias en su interpretación, por lo que existe la probabilidad de que aparezca un litigio por las diferentes maneras de manejar las estipulaciones convenidas por la falta de precisión al momento de redactar las mismas, o por alguna laguna de la legislación que no prevea el manejo de ciertas hipótesis que puedan surgir entre las partes e, incluso por causas ajenas a éstas.

En el dinámico sector comercial también se manifiestan reclamaciones que tienen por génesis situaciones no previstas o derivadas de los contratos, es decir, que tienen un carácter exogénico respecto del acuerdo de voluntades, pero que finalmente inciden en su desarrollo.

Como es lógico pensar, la existencia del arbitraje comercial está reconocida en razón de los contrastes y ventajas que guarda frente a los tribunales estatales, ya que éstos últimos tienen como características un rezago que deriva de una saturación de demandas, la tramitación embarazosa, lo que a la larga desemboca en elevados costos e incluso una determinada publicidad que de alguna manera

daña el prestigio o el buen nombre de los que intervienen en el procedimiento judicial.

En cambio, en el arbitraje comercial, generalmente cada asunto tiene su propio juzgador, el cual junto con las partes en conflicto conviene el procedimiento que deberá seguirse, los honorarios del árbitro, los plazos en que se desahogará el procedimiento, fijándole por lo regular un curso breve, el lugar, el idioma y especialmente, los factores que forman el problema planteado.

La sede en donde se realiza el procedimiento arbitral permanece cerrada a las personas ajenas al conflicto; ello conlleva a que las partes exponen sus pretensiones con absoluta libertad sin seguir algún formulismo especial.

Con el arbitraje se busca que las partes intervinientes mantengan la relación comercial, se suavizan las posiciones antagónicas y se trata de buscar una fórmula de carácter transaccional que permita que las partes obtengan un beneficio mutuo, evitando con ello que solo una de ellas resienta el perjuicio de la resolución.

Así, el arbitraje frente al proceso judicial resulta de carácter flexible y moldeable, ya que comprende desde la intermediación, pasando por el dictamen de un profesional en el ramo hasta la conciliación, la amigable composición, el laudo en conciencia y el procedimiento en derecho.

Las principales hipótesis de incumplimiento por parte de alguno de los coventurers podemos enumerarlas así:

En tratándose de un joint venture contractual o non – equity:

1. - Incumplimiento en la aportación de lo que se comprometió alguno de los partícipes, pudiendo ser como ya dijimos determinados bienes, capital, tecnología, patentes, marcas o algún otro derecho.

De surgir dicho incumplimiento y, con el fin de agilizar la correspondiente reclamación, es recomendable acudir al ya comentado arbitraje, dada su celeridad para emitir el correspondiente laudo y tratar de llevar a cabo su ejecución.

2. - Otro incumplimiento que puede surgir, es en lo que se refiere a la gestión conjunta, en donde sí alguno de los coinversionistas al desarrollar el negocio común, excede el objeto convenido en perjuicio del joint venture, la otra u otras partes pueden hacer el reclamo correspondiente, en virtud del quebranto sufrido por la acción realizada por el coventurer que actuó de tal manera.

3. - Por último, otra causa de incumplimiento es la que se refiere al deber de no concurrencia, es decir que, constando en el contrato la limitación de que no se usará al joint venture para realizar negocios propios y, se detecta la transgresión a dicha obligación, es lógico que se incurre en una causal de incumplimiento y, por ende de rescisión de la relación contractual.

Por lo que respecta a los equity - joint ventures, la principal causa de incumplimiento se refiere también a no realizar la aportación al capital social de la persona jurídico - colectiva que será constituida. Como ya se dijo, la flexibilidad de la figura en estudio permite realizar la aportación de un sinnúmero de bienes y derechos.

Lógicamente, dentro del estatuto de la sociedad constituida se estipularán todas las obligaciones de los ahora socios, sobre las cuales se determinará cuándo alguno de ellos incurrió en alguna violación al pacto social.

Es importante prever que, antes de llegar a la constitución propiamente dicha de la sociedad se erogaron diversas cantidades de dinero, por lo que el contratante perjudicado por una negativa de la otra parte a realizar la aportación a la nueva sociedad está en posibilidad de demandar el pago de los daños causados por tal conducta e, incluso los perjuicios, aunque sabemos que en materia procesal es sumamente difícil probar que se causaron tales perjuicios.

4.9 MODOS DE TERMINACION.

"Las causas se resumen en las siguientes: 1) incumplimiento del contrato; 2) fin especificado del plazo del contrato; 3) venta de un socio de la joint venture o activos de ésta; 4) cambio de la ley sobre la que se basa la joint venture; 5) opción de cualquier socio de quedarse con la totalidad del joint venture, y 6) quiebra de un socio.

En cuanto a las consecuencias pueden sintetizarse en las siguientes:

- 1) La devolución de materiales y tecnología si el emprendimiento no va a continuar.
- 2) El tratamiento confidencial de la tecnología; licencias especiales para tecnología y marcas si el emprendimiento debe continuar con un socio.
- 3) El caso de indemnizaciones progresivas.
- 4) El compromiso de no competir.

-
- 5) Una solución frecuente es dejar el plazo de terminación indefinida, para hacer que la resolución resulte difícil y obligar a las partes a discutir las condiciones de permanencia.¹⁴³

4.10 CLAUSULAS NECESARIAS PARA LA CELEBRACION DE UN JOINT VENTURE.

La estructura legal de un contrato de joint venture o coinversión, aunque simple o compleja, dependiendo del proyecto y su magnitud, fundamentalmente involucra los siguientes elementos:

I.- Declaraciones de las partes. Básicamente aquí se vierten las manifestaciones de cada una de las partes respecto a su debida constitución en caso de personas jurídico - colectivas, la debida existencia, la capacidad para contratar, la titularidad de los bienes que, en su caso, serán aportados, el deseo o interés por celebrar el contrato y la representación de las mismas.

Adicionalmente, podrán introducirse declaraciones tales como:

- a) Autorizaciones corporativas.
- b) Autorizaciones gubernamentales.
- c) Titularidad de los derechos.

¹⁴³ MARZORATI, Osvaldo J., "Derecho de los Negocios Internacionales". Edit. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1993. Buenos Aires, Argentina, Pág. 584.

II.- Clausulado propiamente dicho.- Aquí podemos ver que usualmente se incluyen las siguientes cláusulas:

- 1) Definiciones.
- 2) Objeto de la coinversión.
- 3) Formas de la transmisión de las aportaciones.
- 4) Obligaciones de hacer y de no hacer.
- 5) Confidencialidad.
- 6) Contribuciones adicionales.
- 7) Repartición de las utilidades o beneficios.
- 8) Cláusula de No Competencia.
- 9) Casos de incumplimiento.
- 10) Garantías de cumplimiento
- 11) Pena convencional.
- 12) Resolución de disputas y Ley Gobernante o Marco Legal.
- 13) Contratos satélites o acuerdos relacionados.
- 14) Hipótesis de terminación.

15) Supuestos Varios, tales como:

- a) Gastos y costos.
- b) Impuestos.
- c) Domicilios para notificaciones y avisos.
- d) Cambio monetario.
- e) Cambio en las Leyes.

Para el caso de que los coventurers se inclinen por seguir el tipo equity – joint venture, además deberán al formalizarse los estatutos de la sociedad resultante prever principalmente los siguientes elementos, además de los que se prevén por la Ley General de Sociedades Mercantiles:

- 1) Denominación.
- 2) Domicilio.
- 3) Duración.
- 4) Capital.
- 5) Cláusula de extranjería.
- 6) Accionistas.
- 7) Organismo de Administración.

8) Procedimientos corporativos.

Lo importante de la redacción de declaraciones y cláusulas del contrato de joint venture, es que debe de reflejar las negociaciones de las partes en la operación, contener los requerimientos legales aplicables y ser suficientemente clara y precisa para dotar a los contratantes de una amplia seguridad jurídica en el negocio conjunto. Es importante resaltar que, aunque a veces nos topamos con contratos extensos y verdaderamente complejos, ello no significa que cumplan con la necesaria obligación de proporcionar a los coventurers en él involucrados, la eficacia y certidumbre de su cumplimiento y ejecución.

Algunas cuestiones prácticas en las que hay que extremar un carácter minucioso al redactar el contrato respectivo de coinversión son:

1. - El joint venture debe contener en su totalidad los acuerdos que ya se tomaron en cuenta en los documentos que surgieron de la negociación previa, tales como la carta de intención, head of agreement o acuerdo preliminar, term sheet u hoja de términos y memorandum of understanding o nota de entendimiento, los cuales deberán dejarse sin efectos.

El objeto del joint venture debe quedar perfectamente definido, citando el marco legal y los derechos y obligaciones de las partes, así como los términos y condiciones de la dirección y operación de la empresa conjunta, la creación y organización de la sociedad, en su caso, con el fin de alcanzar los objetivos del negocio, por ejemplo:

“El objeto del presente contrato es definir la aplicación del marco legal y los derechos y obligaciones de los contratantes con respecto a los términos y condiciones de la administración y operación del negocio conjunto, así como la creación y organización de la sociedad (en su caso) para la realización de los objetivos del mismo. La sociedad

participará en el negocio común de conformidad con los términos y condiciones del presente contrato y los documentos conjuntos".

2. - No debe menospreciarse la sección de los antecedentes o considerandos, conocidos en el derecho anglosajón como los "Whereas". Aquí se hace una especie de resumen acerca de las características de los participantes, de las negociaciones de los futuros socios y de la finalidad del joint venture, por lo que podría redactarse, por ejemplo:

"Considerando que, "A" y "B" combinarán sus esfuerzos para llevar a cabo y agilizar la comercialización de un negocio conjunto, según se define más adelante, y vender los productos y prestar los servicios de este esfuerzo mutuo a través de una sociedad de coinversión (en adelante "la sociedad"), para poder crear y realizar en orden a estos objetivos".

3. - Es conveniente cubrir aspectos que tienen una presencia también importante, tales como:

- a) Las aportaciones en especie, las que ya están reguladas por la Ley General de Sociedades Mercantiles, para el caso de un joint venture corporation, en la fracción VI del artículo 6º, así como el artículo 11 y, en tratándose de la sociedad anónima, los artículos 89, en su fracción IV y 95.
- b) Las facultades y restricciones de los directores de la empresa.
- c) El derecho del tanto.
- d) Fecha de cierre de la operación.
- e) Forma de llevar la contabilidad, por lo que se recomienda designar desde el inicio al despacho de contadores.

f) Intereses, en su caso.

4. - Puesto que en nuestro sistema jurídico el ejercicio fiscal está expresamente determinado por la Ley, tanto en el artículo 8-A de la Ley General de Sociedades Mercantiles, como en el artículo 11 del Código Fiscal de la Federación, no cabe el supuesto que en el joint venture se designe convencionalmente otra fecha.

5. - También resulta recomendable tomar en cuenta el caso de que puedan nombrarse socios adicionales, ello con el objetivo de que la sociedad tenga un proceso ininterrumpido, ya que en caso de no hacerlo así si uno de los coinversionistas decide dar por finiquitado el contrato, la parte restante no podrá continuar con el negocio, por lo que cabría una cláusula de este estilo:

"Los accionistas tendrán el derecho de nombrar uno o más socios adicionales por cada uno de ellos, quienes tendrán derecho a suscribir hasta el 1% de cada acción".

6. - Como se dijo en líneas anteriores, hay que definir lo relacionado con los impuestos, lo que se conoce en el sistema anglosajón como "gross – up", que a grandes rasgos consiste en "adicionar al precio neto de un bien o servicio el valor de los impuestos que pesen sobre ese precio, de modo de llegar al precio bruto necesario para alcanzar ese precio neto."¹⁴⁴

La retención de los impuestos importa en sobremanera, por ejemplo se debe establecer si el precio que se va a pagar como contraprestación por concepto de regalías incluye dichos impuestos. También debe establecerse si el impuesto será retenido y enterado por quien paga la contraprestación o bien, si el precio está libre de impuestos.

¹⁴⁴ CABANELLAS de Las Cuevas Guillermo y Eleanor C. Hoague. Op. Cit., voz: Gross-up, Pág. 287.

7. - Se debe prever la hipótesis y las condiciones bajo las cuales se habrá e capitalizar a la sociedad, por lo que se recomienda que los socios puedan suscribir más acciones en vez de solicitar créditos.

8. - No debe dejarse en el olvido lo relativo a la transmisión y todo lo relacionado con las acciones, verbigracia, cederlas, gravarlas, venderlas, de la sociedad que se constituya, así como los derechos de los contratantes en el joint venture. También debe especificarse que cualquier transmisión de acciones deberá quedar supeditada a las restricciones contenidas en el instrumento constitutivo de la sociedad.

En ese orden de ideas, en el caso de que se admita la venta de acciones, se sugiere especificar el método a través del cual será determinado el precio de la acción a transmitirse, ya que actualmente se presentan situaciones de controversia sobre el valor que debe prevalecer entre el nominal y el histórico.

9. - Se ha encontrado en la práctica que en la confección de diversos contratos de joint ventures corporations, se estipule que las partes se obligan a votar, cuando se trate de asuntos muy específicos, en determinado sentido. A dicho fenómeno se le ha llamado por los estudiosos del derecho como "sindicatos de accionistas", el cual atenta contra el contenido del artículo 198 de la Ley General de Sociedades Mercantiles y por lo tanto es nulo, en virtud de que restringe la libertad del voto de los accionistas.

10. - En caso de que dentro del contrato de coinversión se hayan incluido aspectos relativos a propiedad industrial, ya sea en él mismo o través de algún contrato satélite, es recomendable reparar en la utilidad que representa manejar un lenguaje que comprenda todos los derechos de los cuales es titular la sociedad que aporta dichos derechos al joint venture, así, por ejemplo, en tratándose de un acuerdo de licencia de una marca, debe incorporarse no solo los derechos de los

cuales es dueño el coventurer, sino también los derechos sobre los cuales la sociedad tenga una licencia de uso, con lo que se protege debidamente la transmisión hecha.

11. - Por lo que se refiere al sistema legal de los royalties (regalías), si en el contrato de joint venture se incluye una licencia de uso de marcas, hay que tomar en cuenta que las regalías por el uso de una marca tienen una retención del 35% y, en tratándose de transferencia de tecnología, la tasa es del orden del 15%. Además de ello, también hay que ponderar los convenios internacionales existentes que regulan el impuesto sobre la renta.

12. - Es común que de no preverse, se presenten disputas por la deficiente redacción de los términos utilizados para documentar una transferencia de tecnología, por lo que es necesario poner especial atención a los siguientes rubros:

a) Especificar que la tecnología que se transmite es a título traslativo de dominio o, en su caso que no es así.

b) Por lo que respecta a los secretos industriales, se considera necesario detallar si la información que se pone a disposición de uno de los coinversionistas, con ese carácter propio de ser un secreto industrial, podrá posteriormente ser utilizada una vez que concluya el contrato respectivo.

c) Siempre hay que realizar conjeturas, por lo que hay que pensar en que el contrato puede terminar anticipadamente, entonces hay que acordar que en caso de que ello suceda, el coinversionista que detendrá la tecnología posteriormente, así como el caso de que el socio que suministre la tecnología decida ya no hacerlo.

d) En fin, se debe poner énfasis en definir claramente conceptos que pueden tener alcances diferentes, más cuando se trata de joint ventures internacionales, tales como propiedad industrial, know – how, territorio, asistencia técnica, capacitación, secreto industrial, patente, marca, entre otros.

13. - Por ningún motivo debe dejarse el cumplimiento de un acuerdo bajo la potestad de una de las partes, toda vez que dicha estipulación es contraria a lo que preceptúa el artículo 1797 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual es claro cuando dice que “La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”. A veces los contratantes extranjeros tratan de incluir una cláusula de ese estilo, por ejemplo los norteamericanos, toda vez que en su país si es dable tal supuesto.

14. - Es importante dejar claramente especificado en el contrato respectivo, lo que se refiera al rubro de que se va a considerar como información confidencial, ya que sin duda, el valor de la información y conocimientos puestos a disposición del coinversionista es incluso en algunos casos mayor que la marca o el nombre comercial que se otorga bajo la licencia. Así, es importante asentar la obligación de quien recibe la información confidencial, de no revelarla a terceros y mantenerla con carácter confidencial durante la vigencia del contrato, por lo que debe implementar todas las políticas necesarias para proteger dicha información, sobre todo de algunos desempleados desleales, así como también después de la conclusión del contrato respectivo.

15. - Por último, es necesario cuidar que en la redacción de una cláusula referente a la no – concurrencia, no se violen las disposiciones de la Ley Federal de Competencia Económica; además deben respetarse otros conceptos tales como el mercado relevante, el poder sustancial, no incurrir en prácticas monopólicas, ya sean absolutas o relativas y la notificación de alguna concentración.

Así también, no se deben olvidar las disposiciones de la Ley de Inversión Extranjera y el respectivo Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera y del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras.

CONCLUSIONES

1. - A través de los tiempos, el contrato ha sido la manera más importante de crear derechos y obligaciones entre los hombres, de ahí que haya perdurado hasta nuestros días.
2. - Es indudable que los fenómenos económicos y sociales tienen un desarrollo más dinámico que los sistemas jurídicos, por ende, surge la figura de los contratos atípicos, que desde el Derecho Romano ya era objeto de estudio por los juristas de esa época, los cuales los llegaron a clasificar.
3. - El Derecho Mercantil debe adaptarse a los cambios del medio social y económico, estableciendo reglas claras que puedan darle el cauce debido pero, sin abandonar por completo a las instituciones jurídicas de antaño.
4. - Derivado de la vanguardia que presenta la actividad social y, en especial la comercial en relación con las leyes de nuestro País, surge el fenómeno de los contratos atípicos, lo cual es natural.
5. - Entre los postulados que dan soporte a los contratos atípicos, está el de la "Libertad Contractual", el cual se encuentra expresamente reconocido por nuestro sistema jurídico, en específico en el Código Civil para el Distrito Federal.
6. - La "Libertad Contractual" se refiere en esencia a los contratos que no tienen una especial reglamentación, los que se regirán, en orden preferente, por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de los contratantes y, por último, por las disposiciones del contrato con el que tengan más semejanza de los típicos.

7. - El principio de la "Libertad Contractual" no es irrestricto, toda vez que los particulares que deseen crear nuevos tipos contractuales acordes con sus necesidades, no pueden ir en contra de las disposiciones legales de orden público, las leyes imperativas y los principios generales del Derecho.

8. - Entre los tratadistas se presenta la discusión acerca del vocablo que debe prevalecer, entre "contrato atípico" y "contrato innominado", la cual resulta hasta cierto punto bizantina, toda vez que lo decisivo de estos contratos es que éstos tengan una disciplina particular que los regule y, en caso de que no la tengan, darle el tratamiento de contrato atípico.

9. - El contrato atípico lo definimos como "aque! para el cual la Ley no ha predispuesto una particular disciplina jurídica".

10. - Entre el contrato atípico y otras figuras similares existen diferencias que nos permiten afirmar que a unos y otros se les aplica una sistemática jurídica en particular.

11. - El contrato atípico es diferente de la unión de contratos, toda vez que el primero goza de la unidad y, la segunda está caracterizada por la dualidad o pluralidad de contratos.

12. - El contrato atípico se diferencia del subcontrato en que el primero no es derivado ni depende de otro anterior, en tanto que el segundo por el contrario siempre será secundario.

13. - Relacionada con los contratos atípicos, la tipicidad social o consuetudinaria guarda una estrecha e importante relación, toda vez que secunda en su interpretación e integración.

14. - La interpretación de los contratos atípicos debe realizarse con sumo cuidado, siguiendo los principios aceptados por los juristas, como el de la buena fe, la búsqueda de la voluntad común de los contratantes y la conservación del contrato.

15. - Otro proceso de gran importancia no solo para los contratos atípicos, sino para los contratos en general, es el de la integración, la cual establece los efectos o consecuencias surgidos del contrato, aunque existan omisiones e imprevisiones por parte de los contratantes.

16. - El contrato de joint venture o coinversión es una figura jurídica que ha originado grandes confusiones entre los estudiosos dedicados al Derecho Comparado, en atención a sus múltiples facetas, con lo cual resulta complicado el tratar de enmarcar a los diversos tipos mediante una sola definición.

17. - El joint venture, con el acelerado desarrollo del comercio internacional, ha venido poco a poco a tener una mayor práctica dentro de nuestro país, de ahí la importancia de conocer sus antecedentes.

18. - No debe confundirse a la figura típica de la asociación en participación con el contrato atípico de coinversión o joint venture, toda vez que existen elementos suficientes que nos permiten dilucidar tal cuestión, lo que también sucede con otras figuras que gozan de cierta aproximación y a las cuales se alude en el presente estudio.

19. - Las principales vertientes del contrato de coinversión se dan en cuanto a la forma de celebrarse, en primer lugar tenemos al "non – equity joint venture", también denominado "contractual" o "agreement joint venture", mediante el cual los partícipes no tienen la "affectio societatis"; ésta última se da, en cambio, en el conocido como "equity – joint venture".

20. - La utilidad al emplear este contrato en nuestro País es innegable, en virtud de que constituye una poderosa razón para atraer los capitales extranjeros y, con ello, contribuir al desarrollo sostenido de la economía nacional.

21- Actualmente, todos los días se están celebrando contratos de coinversión en nuestro País, los que en su mayoría son de carácter internacional, aún sin que exista alguna legislación que lo prevea, por lo que sería benéfico que se empezara a legislar al respecto, tal como se ha hecho en otros países como China y Argentina, con el fin de brindar a los contratantes la certeza y seguridad jurídica.

22-. Dada la maleabilidad del contrato de joint venture, su utilidad puede manejarse para un sinfín de operaciones, combinarse o apoyarse con otros contratos de carácter típico, a fin de realizar el objetivo común.

23. - Cuando los extranjeros y, en especial los norteamericanos, deciden celebrar un contrato de coinversión de naturaleza societaria, es frecuente que se inclinen por hacerlo a través de una sociedad de responsabilidad limitada prevista en nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles, ya que les resulta valioso fiscalmente hablando, ya que en su país se asimila dicho tipo social a una sociedad de personas tal como la partnership y con ello obtienen ciertas deducciones en los impuestos.

24. - Otra figura que puede tener un mayor desarrollo junto con el contrato de coinversión es la del arbitraje comercial, a la cual se recurre en forma más continua en otros sistemas jurídicos para resolver controversias y, que en nuestro País poco a poco toma fuerza ya que diversos organismos se han percatado de su naturaleza expedita y privada.

BIBLIOGRAFIA**LIBROS**

- ❖ AGUILAR CARVAJAL, LEOPOLDO.
"Contratos Civiles",
Editorial Hag Tam, México, 1964.

- ❖ ARANGIO – RUIZ, VINCENZO.
"Instituciones de Derecho Romano",
Traducción de la 8ª edición italiana por José M. Caramés Ferro, reimpresión
inalterada, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1973.

- ❖ ARCE GARGOLLO, JAVIER.
"Contratos Mercantiles Atípicos",
2ª Edición, tercera reimpresión, Editorial Trillas, México, 1994.

- ❖ BALCET, GIOVANNI y otros.
"Joint Venture Multinazionali", Alleanze tra imprese, competizione e potere di
mercato nell' economia mondiale.
Etaslibri, Milán, Italia, 1990.

- ❖ BARRERA GRAF, JORGE.
"Instituciones de derecho Mercantil", Generalidades, Derecho de la Empresa
Sociedades,
Editorial Porrúa S. A., México, 1991.

- ❖ BARRERA GRAF, JORGE.
"Las Sociedades en Derecho Mexicano",
Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1983.

-
- ❖ BAUCHE GARCIADIEGO, MARIO.
"La empresa: Nuevo derecho industrial, contratos comerciales y sociedades mercantiles",
Editorial Porrúa S. A., México, 1983.

 - ❖ BIALOSTOSKY, SARA.
"Panorama del Derecho Romano",
3ª Edición, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1990.

 - ❖ BONFANTE, PEDRO.
"Instituciones de Derecho Romano",
Traducción de la 8ª edición italiana por Luis Bacci y Andrés Larrosa, 5ª edición (Publicación del Instituto Cristóforo Colombo de Roma), Instituto Editorial Reus, Madrid, España, 1979.

 - ❖ BORJA SORIANO, MANUEL.
"Teoría General de las Obligaciones",
11ª edición, Editorial Porrúa S. A., México, 1989.

 - ❖ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, GUILLERMO y KELLY, JULIO ALBERTO.
"Contratos de Colaboración Empresaria". Agrupaciones en colaboración, Uniones Transitorias de Empresas y Joint Ventures,
Editorial Heliasta S. R. L., Buenos Aires, Argentina, 1987.

 - ❖ CALVO MARROQUIN, OCTAVIO y PUENTE Y FLORES, ARTURO.
"Derecho Mercantil",
Editorial Banca y Comercio, México, 1993.

-
- ❖ CASTAN TOBEÑAS, JOSE.
"Derecho civil español, común y foral", Tomo IV, Vol. I,
Editorial Reus, Madrid, España, 1977.

 - ❖ CERVANTES AHUMADA, RAUL.
"Derecho Mercantil",
Editorial Herrero, México, 1984.

 - ❖ COLAIACOVO, JUAN LUIS y otros.
"Joint Ventures y Otras Formas de Cooperación Empresarial Internacional",
Ediciones Macchi, Buenos Aires, Argentina, 1992.

 - ❖ DIAZ BRAVO, ARTURO.
"Contratos Mercantiles.",
5ª Edición, Editorial Harla S. A. de C. V., México, 1995.

 - ❖ DOMINGUEZ MARTINEZ, JORGE ALFREDO.
"Derecho Civil". Parte General. Personas. Cosas. Negocio Jurídico e Invalidez,
2ª Edición, Editorial Porrúa S. A., México, 1990.

 - ❖ D' ORS ALVARO Y PEREZ-PEIX.
"Formación Histórica de los Tipos Contractuales Romanos",
Instituto Editorial Reus, Madrid, España, 1950.

 - ❖ ETCHEVERRY, RAUL ANIBAL.
"Derecho Comercial y Económico", Obligaciones y Contratos Comerciales,
Parte General,
Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1988.

-
- ❖ FARINA, JUAN M.
"Contratos Comerciales Modernos", modalidades de contratación empresarial,
1ª reimpresión, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires,
Argentina, 1994.

 - ❖ FLORIS MARGADANT S., GUILLERMO.
"El Derecho Privado Romano como introducción a la cultura jurídica
contemporánea",
Editorial Esfinge, México, 1992.

 - ❖ GARRIGUES, JOAQUIN.
"Tratado de Derecho Mercantil",
Tomo III, volumen I, Obligaciones y Contratos Mercantiles, Revista de Derecho
Mercantil, Madrid, España, 1963.

 - ❖ GARRIGUES Y DIAZ CANABATE, JOAQUIN.
"Curso de Derecho Mercantil",
Tomo I y II, Editorial Porrúa S. A., México, 1993.

 - ❖ GHERSI, CARLOS ALBERTO.
"Contratos Civiles y Comerciales". Partes General y Especial. Figuras
Contractuales Modernas,
Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina. 1990.

 - ❖ GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO
"Derecho de las Obligaciones",
Editorial Porrúa, S. A., México, 1993.

 - ❖ IGLESIAS, JUAN.
"Derecho Romano", Instituciones de Derecho Privado,
7ª Edición, Editorial Ariel, S. A., Barcelona, España, 1982.

-
- ❖ LE PERA, SERGIO.
"Joint Venture y Sociedad". Acuerdos de Coparticipación Empresaria,
2ª reimpresión, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires,
Argentina, 1992.

 - ❖ LOZANO NORIEGA, FRANCISCO.
"Cuarto Curso de Derecho Civil: Contratos",
5ª Edición, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México, 1990.

 - ❖ MANTILLA MOLINA, ROBERTO.
"Derecho Mercantil": Introducción y conceptos fundamentales. Sociedades,
Editorial Porrúa S. A., México, 1992.

 - ❖ MARIN PEREZ, PASCUAL.
"La Crisis del Contrato",
Instituto Editorial Reus; Madrid, España, 1964.

 - ❖ MARZORATI, OSVALDO J.
"Derecho de los Negocios Internacionales",
Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1993.

 - ❖ MASNATTA, HECTOR.
"El Contrato Atípico". Conferencia Pronunciada en el Colegio de Escribanos de
Rosario, el 21 de octubre de 1960, a invitación del Instituto de Derecho de esa
Ciudad,
Editorial Abeledo Perrot, Serie Monografías Jurídicas, N° 52, Buenos Aires,
Argentina, 1961.

-
- ❖ MESSINEO, FRANCISCO.
"Doctrina General del contrato". Tomo I,
Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, Argentina, 1952.

 - ❖ OLVERA DE LUNA, OMAR.
"Contratos Mercantiles",
2ª Edición, Editorial Porrúa S. A., México, 1987.

 - ❖ PETIT, EUGENE.
"Tratado Elemental de Derecho Romano", traducido por José Fernández
González,
Editora Nacional, México, 1971.

 - ❖ PINA Y VARA, RAFAEL DE
"Elementos de Derecho Mercantil Mexicano",
Editorial Porrúa S. A., México, 1996.

 - ❖ PUIG, BRUTAU JOSE.
"Fundamentos de Derecho Civil", Tomo II, Volumen I, Doctrina General del
Contrato,
2ª Edición, Bosch Casa Editorial, Barcelona, España, 1977.

 - ❖ PUIG PEÑA, FEDERICO.
"Tratado de Derecho Civil Español",
Tomo IV, volumen II. Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1974.

 - ❖ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JOAQUIN.
"Tratado de Sociedades Mercantiles",
Tomo I, Editorial Porrúa S. A., México, 1993.

-
- ❖ SANCHEZ MEDAL, RAMON.
"De los Contratos Civiles",
21ª Edición, Editorial Porrúa S. A., México, 1994.

 - ❖ SIERRALTA RIOS, ANIBAL.
"Joint Venture Internacional",
2ª Edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1996.

 - ❖ TENA, FELIPE DE JESUS.
"Derecho Mercantil Mexicano",
13ª Edición, Editorial Porrúa S. A., México, 1990.

 - ❖ URIA, RODRIGO.
"Derecho Mercantil",
24ª Edición,. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid,
España, 1997.

 - ❖ VAZQUEZ DEL MERCADO, OSCAR.
"Contratos Mercantiles",
4ª Edición, Editorial Porrúa S. A., México, 1992.

 - ❖ ZALDIVAR, ENRIQUE; MANOVIL M, RAFAEL Y RAGAZZI E., GUILLERMO.
"Contratos de Colaboración Empresaria",
2ª edición actualizada, reimpresión, Editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires,
Argentina, 1993.

 - ❖ ZAMORA Y VALENCIA, MIGUEL ANGEL.
"Contratos Civiles",
Editorial Porrúa S. A., México, 1992.

REVISTAS

- ❖ "ANALES DE JURISPRUDENCIA".
Año IX, Tomo XXXII, No. 6, junio de 1941.
AGUILAR, GUTIERREZ, ANTONIO.
"Los Contratos Mixtos y los Contratos Innominados".

- ❖ "DIRECT INVESTMENT IN NORTH AMERICA, ANALYSIS & PERSPECTIVE".
The Bureau of National Affairs, Inc.
BECKER NANCY M. y ZUBIKARAI A. ADRIAN.
"Mexican Limited Liability Company as a Vehicle for U. S. Investment in Mexico".

- ❖ "EL FORO".
5ª época, número 19, julio - septiembre, México, 1970.
BORJA MARTÍNEZ, MANUEL.
"El Contrato Atípico. Su concepto, clasificación y disciplina jurídica".

- ❖ "FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER".
"Competencia Económica y Tratado de Libre Comercio".
México, 1994.

- ❖ "MICHIGAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW".
Volumen 10, Nº 2, primavera 1989, Ann Arbor Michigan, E. U. A.
LILLICH, RICHARD B.
"Joint Ventures and the Law of International Claims".

- ❖ "REVISTA DE DERECHO PRIVADO".
Año XVIII, número 208, enero, 1931.
FUBINI, RICARDO.
"Contribución al Estudio de los Contratos Complejos(Mixtos)".

-
- ❖ "REVISTA DE DERECHO PRIVADO".
Año 4, Nº 11, mayo – agosto, México, 1993.
GALINDO GARFIAS, IGNACIO.
"La Interpretación del Contrato".

 - ❖ "REVISTA DEL DERECHO COMERCIAL Y DE LAS OBLIGACIONES."
Volumen 1993 – A, Año 26, Nº 151/153, enero – junio, 1993, Buenos Aires, Argentina. Ediciones Depalma.
ROITMAN, HORACIO; MERCADO DE SALA, MARÍA CRISTINA;
ESCARGUEL, JULIO MANUEL Y CURTINO, MARÍA CRISTINA.
"Joint Ventures".

 - ❖ "REVISTA DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS".
Año 21, Nº 21. Editada por el Fondo para la Difusión del Derecho de la Escuela Libre de Derecho, México, 1997.
GINEBRA SERRABOU, XAVIER.
"Las Alianzas Estratégicas o Joint Ventures y el Derecho de la Competencia".

 - ❖ "REVISTA GENERAL DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA".
Año CI, 2º época, Nº 7-8, Tomo XXVII (195 de la Colección) julio - agosto, Instituto Editorial Reus, Madrid, España, 1953.
JORDANO BAREA, JUAN BAUTISTA.
"Los Contratos Atípicos".

 - ❖ "RIVISTA DI DIRITTO TRIBUTARIO".
Nº 5, Mayo de 1993. Milán, Italia.
SPOTO, ANTONIO.
"Aspetti tributari degli accordi di cooperazione tra imprese indipendenti (le joint ventures)".

-
- ❖ "TEMAS SOCIO – JURÍDICOS".
Vol. 13, N° 29, diciembre, 1995, Bucaramanga, Colombia.
GÓMEZ SERRANO, LAUREANO.
"De la Gruesa Ventura a los Contratos de Riesgo Compartido".

 - ❖ "UCLA PACIFIC BASIN LAW JOURNAL".
Vol. 1, N° 1, invierno, 1982, Los Angeles, Cal., E. U. A.
KLITGAARD, THOMAS J.
"Peoples Republic of China Joint Venture Dispute Resolution Procedures".

CONFERENCIAS

- ❖ "MARCO JURIDICO DEL CONVENIO DE CO – INVERSION (JOINT VENTURE).
Por el licenciado Agustín Berdeja Prieto. Sesión de octubre 16 de 1996 en la Comisión de Derecho Mercantil de la "Barra Mexicana Colegio de Abogados".

- ❖ "CONSIDERACIONES SOBRE EL ARBITRAJE COMERCIAL EN MEXICO".
Por el licenciado José Antonio Rodríguez Márquez. Octubre de 1996.

DICCIONARIOS

- ❖ CABANELLAS DE LAS CUEVAS GUILLERMO y HOAGUE ELEANOR C.
"Diccionario Jurídico". (Law Dictionary) 2 tomos,
Tomo I, Inglés – Español, Editorial Heliasta S. R. L., Buenos Aires, Argentina,
1996.

- ❖ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS.
"Diccionario Jurídico Mexicano",
10 Tomos, 1ª Edición, UNAM, México, 1982.

LEGISLACION

- ❖ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- ❖ Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.
- ❖ Ley de Inversión Extranjera.
- ❖ Ley Federal de Correduría Pública.
- ❖ Ley General de Sociedades Mercantiles.
- ❖ Reglamento de la Ley de inversión Extranjera y del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras.
- ❖ Reglamento de la Ley Federal de Correduría Pública.

OTROS

- ❖ Material didáctico utilizado en el Diplomado en Derecho Notarial, 2ª edición. Tomos relativos al Derecho Civil y Derecho Mercantil. Impartido por la Facultad de Derecho de la UNAM, conjuntamente con la División de Educación Continua del Sistema de Universidad Abierta; la Asociación Nacional del Notariado Mexicano y la Academia Mexicana de Derecho Notarial, México, 1994.
- ❖ Material proporcionado en el Taller denominado "Negociación y Redacción de Contratos de Joint Ventures", organizado por "Institute for International Research", impartido en México, D. F., el día 27 de enero de 1993.
- ❖ Página de Internet de la "Suprema Corte de Justicia de la Nación", bajo la siguiente dirección electrónica: "<http://www.scjn.gob.mx>".

ANEXOS

**EJEMPLOS DE DOCUMENTOS RELACIONADOS
CON EL CONTRATO DE JOINT VENTURE O
COINVERSIÓN.**

PROYECT "MEXICO- JOINT VENTURE"
TERM SHEET

I.- THE TRANSACTION

1. Sellers. Messrs. A, B and C, and the Trust (collectively, the "Seller"), each in amounts to be determined.

2. Purchaser. Foreign Corporation (the "Purchaser").

3. Securities to be Acquired.
 - (a) _____ Series "B" shares of full voting common stock (which together with the Series "A" shares of full voting common stock are referred to as the "Common Shares") of MEXCO, S. A. de C. V. ("MEXCO"), representing ____% of the total outstanding Common Shares of MEXCO, and

 - (b) _____ Series "L" shares of restricted voting, participating stock (which together with the Common Shares are referred to as, the "Shares") of MEXCO, representing _____% of the total outstanding L Shares of MEXCO.

4. (a) Purchase Price. Based on currently available information, the price of each Share would be US\$_____. The actual price per share will be determined by negotiation between the parties following presentation to the Purchaser of the audited financial statements of MEXCO for the 12 month period ended December 31, 1992. Subject to the satisfaction of the conditions set forth in Section II.1. hereof, the Purchaser and the Seller shall establish an escrow (the "Pre-closing Escrow") on December 1, 1992 into which on said date the Purchaser

shall deposit the amount of U. S. dollars which equals the aggregate purchase price of the Shares, and the Sellers shall deposit stock certificates for the aggregate number of Common and L Shares to be Purchased by the Purchaser which certificates shall have been assigned to the Purchaser.

- (b) Option. At the closing, the Trust shall grant an option to the Purchaser to purchase all or any portion of the _____ shares of Series "A" full voting common stock held by the Trust. The option shall be exercisable at any time and from time for a period of 3 years immediately following the Closing Date. The minimum exercise price of the option shall be U. S. \$ _____ per share and the maximum exercise price shall be the lesser of (i) 90% of the then current market price of a share of the common stock on the Mexican Stock Exchange (Bolsa Mexicana de Valores S. A de C. V), or (ii) the price calculated by multiplying (a) the earnings per share of the total outstanding shares as shown on the audited financial statements of MEXCO for the then most recent completed fiscal year by (b) the quotient obtained by dividing \$ _____ by the earnings per share of the total outstanding shares as shown on the audited financial statements of MEXCO for the current fiscal year ending December 31, 1992. In order to facilitate the Purchaser's exercise of this option, the Seller will cause MEXCO to cooperate in securing, prior to the Closing Date, all authorizations necessary to permit the Series "A" shares held by the Trust to be converted to Series "B" shares.

5. Resulting Capital Structure.

- (a) public shareholders: _____% of the total outstanding Shares, comprised of _____% of the total outstanding Common Shares and _____% of the total outstanding L Shares.

(b) The Trust: _____% of the total outstanding Shares, comprised of _____% of the total outstanding Common Shares.

(c) Messrs. A, B and C: _____% of the total outstanding Shares, comprised of _____% of the total outstanding Common Shares and _____% of the total outstanding L Shares.

(d) MEXCO Pension Plan: _____% of the total outstanding Shares, comprised of _____% of the total outstanding Common Shares and _____% of the total outstanding L Shares.

6. Basic Agreements and Documents.

Stock Purchase Agreement

Pre-Closing Escrow Agreement

Shareholders' Agreement (MAY BE INCLUDED IN THE STOCK PURCHASE AGREEMENT)

Operational Agreement between MEXCO and NEWCO, S. A. de C. V. (the Company created by the spin-off of OPCO, S. A. de C. V.) (MAY BE INCLUDED IN THE STOCK PURCHASE AGREEMENT)

By-laws (Estatutos Sociales) of MEXCO, as amended

II. STOCK PURCHASE AGREEMENT

The purpose of the Stock Purchase Agreement shall be, among other things, to provide a structure for the sale by the Seller and purchase by the Purchaser of the Shares. In addition to the terms set forth above, the Stock Purchase Agreement shall cover the following matters:

1. Conditions to Pre-Closing Escrow Establishment. The obligations of the Seller and the Purchaser to establish the Pre-Closing Escrow shall be conditioned, among other thing, on

- (a) the parties hereto having executed the Stock Purchase, Shareholders' and Pre-closing Escrow Agreements,
 - (b) no material adverse change having occurred in the business, financial condition or results of operations of MEXCO nor any other material adverse change which would affect the business of MEXCO as a whole in Mexico from the date of its last audited financial statements delivered to the Purchaser.
 - (c) The board of Directors of MEXCO having approved and authorized the transaction, and
 - (d) The Purchaser shall have concluded its review and shall have approved MEXCO's audited financial statements for the twelve month period ended December 31, 1992, and the Purchaser shall have concluded a complete due diligence review to its satisfaction.
2. Covenants Prior to Closing. Pending the closing, MEXCO shall conduct, and the Seller shall cause the business of MEXCO to be conducted, in the ordinary course. Except when expressly agreed upon in writing by the Seller and the Purchaser, MEXCO may not declare or pay dividends or make other distributions on or in respect of its capital stock. The Seller shall not approve, and shall not cause MEXCO to approve, any transaction that would, if entered into or affected after the Closing, require the participation or approval of the Purchaser pursuant to the corporate governance provisions described below.
3. Conditions to Closing. The Closing of the transaction shall be conditioned,, among other things, on
- (a) the By-laws (Estatutos Sociales) of MEXCO having been amended to the satisfaction of the Purchaser;

- (b) the parties hereto having obtained all necessary governmental approvals or consents relating to the proposed amendments to the By-laws (Estatutos Sociales);
- (c) no material adverse change having occurred in the business, financial conditions, or results of operations of MEXCO nor any other material adverse change which would affect the business of MEXCO as a whole in Mexico from the date of its last audited financial statements delivered to the Purchaser;
- (d) The absence of any pending or threatened litigation which seeks to enjoin the spin-off of OPCO, S. A. de C. V. on the Closing;
- (e) From the date of establishment of the Pre-Closing Escrow to the date of Closing, the share price of the L Shares and the Common Shares on the Mexican Stock Exchange (Bolsa Mexicana de Valores, S. A. de C. V.) shall not have declined more than 40%;
- (f) From the date of establishment of the Pre-Closing Escrow to the date of Closing the Index (Indice de Precios y Cotizaciones) of the Mexican Stock Exchange (Bolsa Mexicana de Valores, S. A. de C. V.) shall not have suffered a reduction of more than 20%;
- (g) The representations and warranties of Seller set forth in the Stock Purchase Agreement shall be true, correct and complete in all material respects as of the Closing as through made at that time;
- (h) The Seller shall have performed and complies with all material covenants, obligations and conditions required by the Stock Purchase Agreement (and the Shareholders' Agreement) to be performed or complied with on or prior to the Closing Date; and

- (i) If the Mexican peso devaluates with respect to the US. Dollar by more than 10% from the date of establishment of the Pre-Closing Escrow to the date of Closing, then the parties shall negotiate in good faith within a period of 20 days to reach an agreement on a new price and if they fail, this agreement shall terminate, and neither party have any obligation or liability to the other party.
4. Closing. The closing (the "Closing") shall occur on or prior to March 15, 1993 at a location to be mutually selected, once every condition to Closing has been met. If the Mexican peso devaluates with respect to the U. S. dollar by 10% or less from the date of establishment of the Pre-Closing Escrow to the date of Closing, the purchase price will be adjusted to reflect 100% of the devaluation during that time period for the first U. S. \$ _____ million of price reduction and 50% of the devaluation after the price has been reduced by U. S. \$ _____ million. At the closing, the adjust price shall be paid. The balance of U. S. dollars remaining, if any, shall be distributed to the Purchaser together with all interest accrued on the total amount deposited in the Pre-Closing Escrow.
5. Representations and Warranties. Customary representations and warranties for transactions of this type, including, without limitation, representations and warranties with respect to (i) title to the Shares being sold by the Seller and (ii) due authorization and issuance of the L Shares. The representations and warranties shall survive for a period of 30 months following the Closing, except that the survival period with respect to tax matters shall be coextensive with the statute of limitations for tax matters.
7. Indemnities. For a 30 month period after the Closing, the parties hereby agree to indemnify and hold harmless each other under this agreement from and against any and all losses, liabilities, fines, judgements, claims,

damages and expenses (including reasonable attorneys fees actually incurred (collectively "Losses"), incurred by them by reason of or arising out of: (1) any false misleading given in bad faith or inaccurate representation or warranty by the parties contained herein or in any document, instrument, certificate, schedule or written statement prepared for the use of and delivered to each other in connection with the terms contained herein; or (ii) any breach of any such representation or warranty; or (iii) any breach of the parties to any provisions herein contained; or (iv) any matter or event occurring or arising on or before the Closing which if know by the other party on the Closing would have constituted such a false, misleading, given in bad faith or inaccurate representation or warranty. Notwithstanding the foregoing, with respect to tax liabilities, the indemnification made by the Seller for those liabilities incurred by the Seller and/or MEXCO shall be valid for the same period of time as the statute of limitations (prescription and caducity) for tax matters.

III. CORPORATE GOVERNANCE.

MEXCO shall continue to be managed and operated in substantially the same manner, except that the Purchaser, as a minority shareholder, shall have certain rights with respect to approval for the taking of certain actions by the corporation. In the description of the corporate governance of MEXCO, two classes of corporate actions have been created: Fundamental Actions and Reserved Actions. Fundamental Actions are actions with respect to which, as is described in the L Shares Term Sheet, the L Shares have voting rights. Reserved Actions are created to provide the Purchaser with additional protection as a minority shareholder. The taking of a Fundamental Action requires an 80% affirmative vote of the outstanding shares of capital stock (including the L Shares), and the taking of a Reserved Action requires an 85% affirmative vote of the outstanding common shares (not including the L Shares), as provided

hereunder. The taking of all other actions by shareholders requires a majority vote of the outstanding shares of common stock only.

The Purchaser shall appoint one Director to the Board of Directors (the "Board") as holder of Common Shares and the Purchaser and the Seller will elect 2 Directors with their corresponding alternates, one of whom will be designated by the Purchaser and the other by the Seller, as holders of L Shares. In addition, the Seller and the Purchaser shall create an Operations Committee will advise the management of MEXCO with respect to its business and operations.

1. By-laws (Estatutos Sociales)

Set forth below are the principal terms and provisions of the By-laws (Estatutos Sociales) of MEXCO, as amended prior to the Closing:

- (a) Election of Directors. The Board of Directors shall consist of 9 members and their respective alternates. A shareholders shall be entitled to appoint one Director and his or her alternate for each 10% of the issued and outstanding Common Shares held by such Shareholder.
- (b) Election of Statutory Auditor. The Purchaser as holder of more than 10% of the Common and L Shares, shall be entitled to appoint one statutory auditor.
- (c) Meeting of Directors. The Directors shall meet at such times as provided by the By-laws (Estatutos Sociales) of MEXCO.

A quorum shall exist at any meeting of the Directors only if at least a majority of the total number of Directors are present. The affirmative vote of a majority of the Directors present at any meeting of the

Board shall be the act of the Board. The Board shall not have any authority at all to resolve on any issues reserved to the Extraordinary Shareholders Meeting.

The By-laws (Estatutos Sociales) shall provide that the taking of any Reserved Actions may be approved or authorized only by an Extraordinary Shareholders Meeting.

- (d) Shareholder Meeting. Except as provided by law, a quorum shall exist at any meeting of the shareholders only if at least a majority of the total number of outstanding shares are present.

Except as provided by law, the affirmative vote a majority of the shares present at any meeting of the shareholders is required for the approval or authorization of the taking an action, except

- (i) The affirmative vote of at least 80% of all the outstanding capital stock (including the L Shares) shall be required for the taking of a Fundamental Action by the shareholders in a Extraordinary Shareholders Meeting held pursuant to a first or subsequent call.
- (ii) The affirmative vote of at least 85% of the outstanding Common Shares entitled to vote (not including the L Shares) shall be required for the taking of a Reserved Action by the shareholders in an Extraordinary Shareholders Meeting held pursuant to a first or subsequent call.
- (e) Reserved Actions. The following shall constitute "Reserved Actions":
- (i) any actions to be taken by an Extraordinary Shareholders Meeting, including any capital increases and decreases and/or any amendments to the By-laws (Estatutos Sociales),

- (ii) the entering by MEXCO into any transaction with any affiliate of owners of 10% or more of the total outstanding Common Shares other than transactions in the ordinary course of business and on fair and reasonable terms no less favorable to MEXCO than in an arm's-length transaction,
- (iii) The incurrence of any debts, borrowing of funds or entering into any loan or financing agreement if, after giving effect to such transaction, the total indebtedness of the corporation for interest-bearing debt exceeds 50% of the net worth of MEXCO as reflected in its most recent audited financial statement,
- (iv) The creation of liens, mortgages, encumbrances or other security interests on assets of MEXCO if, after giving effect to such security interest, the aggregate value of MEXCO as reflected in its most recent audited financial statement,
- (v) The acquisition or transfer of any subsidiary or the acquisition, sale, lease or other transfer of any business, land, building, equipment or other property or assets if the transaction (including any related series of transactions) is in an amount (indirectly or in the aggregate) in excess of 20% of the net worth of the net worth of MEXCO as reflected in its most recent audited financial statement,
- (vi) The purchase or redemption of any shares capital stock of the corporation which together with any such prior purchases or redemptions in the aggregate exceeds one percent of the aggregate exceeds one percent of the total outstanding shares,

- (vii) The listing or delisting of any shares of capital stock of MEXCO on the Mexican Stock Exchange (Bolsa Mexicana de Valores, S. A. de C. V.) or any other stock exchange.
 - (viii) The designation of the persons entitled to vote the shares and the instruction to do so, which shares are owned by MEXCO representing the capital stock of any subsidiary or affiliate, and
 - (ix) The filing of any bankruptcy or suspension of payments petition with respect to MEXCO or its assets.
- (f) Shareholders' Agreement. The following are the principal terms relating to the corporate governance of MEXCO which shall be set forth in [the Shareholders' Agreement] :
- (i) Election of Directors. Promptly after the Closing, MEXCO which shall convene a shareholders' meeting for the purpose of appointing the 2 Purchaser's nominees to the Board, together with their alternates.
 - (ii) Operations Committee. The seller and the Purchaser shall create an Operations Committee consisting of 2 designees of the Seller and 2 designees of the Purchaser, and their corresponding alternates. The Operations Committee shall advise the management with respect to the operations of MEXCO, including with respect to the MEXCO's strategic and business plans, annual operating and capital expenditure budgets.
 - (iii) Dividends. MEXCO may declare and pay dividends or make other distribution on any capital stock in an amount not in excess of 75% of the aggregate net income after taxes of MEXCO during the previous 5 (five) years, minus the aggregate of all dividends or

other distributions declared or paid during such five-year period.
(NOTE : A MINIMUM DIVIDEND PAYMENT MAY BE AGREED)

(iv) Remedies Upon Breach. In the event any of the Seller breaches or violates any of the material terms or provisions of the Shareholders' Agreement, or causes MEXCO to take an action in violation of its By-laws (Estatutos Sociales) or the terms of the L Shares, such party shall be the "Breaching Party" and the Purchaser shall be the "Non-Breaching Party"; in the event of such a breach or violation by the Purchaser, the Purchaser shall be the "Breaching Party" and the Seller shall be the "Non-Breaching Party". The parties shall have the remedies upon the occurrence of a breach (or the expiration of a 60 day cure period with respect to such breach) to be described in the Shareholders' Agreement.

(v) Authorized Access. In addition to any information the Purchaser is entitled to receive as a Shareholder of MEXCO, MEXCO shall cause MEXCO to, afford the Purchaser reasonable access to its properties, books and furnish promptly all information reasonably requested by the Purchaser.

(vi) Further Action. Each party shall take any further action or actions that any other party may reasonably request to accomplish the agreements contained in the Basic Agreements and Documents.

IV. TRANSFER OF SHARES BY THE SELLER AND THE PURCHASER

The following are the principal terms relating to the transfer of shareholding interest of the Seller and the Purchaser in MEXCO which shall be set forth in [the Shareholders' Agreement].

1. Preemptive Rights. In the event that after the 15 day period for subscription and payment any of the Purchaser does not exercise or waives any of its statutory preemptive rights in connection with the issuance of shares by

MEXCO, the shareholders that do subscribe will have an additional right to subscribe for the unsubscribed shares.

2. Transfers of Shares by the Purchaser. The Purchaser will not transfer the Shares except :

(a) To any affiliate of the Purchaser that agrees to be bound by the Shareholders' Agreement, or

(b) To any third party reasonably satisfactory to the Seller that agrees to be bound by the Shareholders' Agreement, provided that upon a receipt by the Purchaser of a bona-fide offer for the Shares, the Purchaser shall, for a period of not less than 90 days, first offer to sell the Shares to the Seller at the same terms at which the third party proposes to purchase such Shares and if the Seller exercise their right of first refusal with respect to the purchase of such shares, the Seller shall be required to purchase all of the shares of MEXCO for which the offer was made, and provided further that the Purchaser shall not sell any such Shares to a major Mexican competitor of MEXCO, or

(c) in accordance with the tag-along rights set forth below.

3. Transfers of Shares by the Seller. The Seller will not transfer any shares of capital stock of MEXCO held by them except :

(a) Messrs. A, B and C may transfer shares to one another during their lifetimes and by testamentary distribution to their respective spouses upon their deaths or, if their spouse should predecease them, to their children. A surviving spouse would be entitled to transfer shares to a surviving brother-in-law, but any other transfer other than by testamentary distribution, would be subject to the Purchasers' rights

of first refusal as would all shares held by their children which are received by testamentary distribution.

(b) To any third party reasonably satisfactory to the Purchaser that agrees to be bound by the Shareholders' Agreement, provided that upon a receipt by a Seller of a bona-fide offer for its shares of MEXCO, the Seller shall for a period of not less than 90 days, first offer to sell its shares to the Purchaser at substantially the same terms at which such third party proposes to purchase the shares, and if the Purchaser exercises its right of first refusal with respect to the purchase of such shares, the Purchaser shall be required to purchase all of the shares of the Seller or Seller for which the offer was made, or

(c) In accordance with the tag-along rights set forth below.

4. Authorizations required by the Purchasers to acquire Series "A" Shares. In the event that the Purchaser wishes to purchase Series "A" shares of capital stock of MEXCO, the Seller will fully cooperate with the Purchaser and will cause MEXCO to cooperate in securing all authorizations required to purchase such shares. The Purchaser may request that MEXCO provide whatever information and take steps necessary to have Series "A" shares listed for purposes of acquisition of the Nafinsa macrotrust.
5. Tag-Along Rights In the event that, after complying with the rights of first refusal provisions neither the Purchaser nor the Seller exercise their rights under 2 (b) and 3 (b) above, and the Purchaser or the Seller propose to sell any shares of capital stock of MEXCO to a third party, the Purchaser or the Seller, as the case may be, shall have the right to participate in such sale on a pro-rata basis on the same terms and conditions as the selling party.

6. Offering Rights Subject to compliance with rights of first refusal provisions in 2 (b) and 3 (b) above, and upon the request of the holders of _____% of the outstanding Common Shares or _____% of the L Shares, MEXCO will enter into a sponsored ADR program with respect to the Common Shares or the L Shares, as the case may be, or if recommended by the proposed underwrite or placement agent, provide the information required by requesting holders to undertake a private placement in the U. S. or European offering of such securities.
7. Pledge of Shares. Each of the Seller and the Purchaser shall not pledge any shares of MEXCO held by them without the prior written consent of the other party. In addition, each of the Seller and the Purchaser shall agree to use its best efforts not to cause any person to have a lien, encumbrance or other security interest on its shareholding interest in MEXCO.
8. Share certificates notice. Shares certificates acquired by the Purchaser and the shares certificates maintained by the Seller shall be marked indicating that those shares are subject to a right of first refusal under a certain shareholders agreement dated _____.

V. GENERAL.

1. Non-Compete. Except for their interest in MEXCO and the conduct of its business, neither the Seller no the Purchaser shall, directly of indirectly, engage in, or acquire an interest in any Mexican corporation, partnership or other business organization engaged in the business of MEXCO in Mexico.
2. Expenses. Each of the parties hereto shall be responsible for its own expenses incurred in connection with the transaction.
3. Confidentiality. Except as may be compelled by law, no information regarding the proposed transaction may be made public by either party without the prior written consent of the other party. In the event disclosure becomes required

with respect to the transactions contemplated hereby, each of the parties hereto shall use its best efforts to forward to the other party for its prior review any public announcements, press releases or filings with regulatory agencies regarding the transaction. The Seller and the Purchaser each agree to consider in good faith any comments of the other concerning such announcements, press releases or filings. The initial press release announcing the transaction shall be approved by the Seller and the Purchaser.

4. **Exclusivity.** For a period from the date hereof to the Closing, or termination of discussion between the Seller and the Purchaser, the Seller shall not, and the Seller shall cause MEXCO not to, directly or indirectly, take (nor shall such parties authorize or permit any of their agents or affiliates to take) any action to (i) encourage, solicit or initiate any merger or other business combination, sale or other disposition of any material amount of assets to any third party outside of the ordinary course of business (except for the spin-off by MEXCO of all of the shares of capital stock of OPCO, S.A. de C.V. to the shareholders of MEXCO), sale of shares of capital stock to any third party, a tender offer or exchange offer or similar transaction involving MEXCO any of its material subsidiaries ("Acquisition Proposal") or (ii) participate in any way in discussions or negotiations with, or, except as may be required by law, furnish any information to, any person in connection with, or take any other action to facilitate any inquires or the making of any other action to facilitate any inquiries or the making of any proposal that constitutes, or may be reasonably expected to lead to, any Acquisition Proposal.

5. **Governing Law.** With the exception of procedural arbitration regulations, the Stock Purchase Agreement [and the Shareholders' Agreement] shall be governed by and construed in accordance with the laws of Mexico. Notwithstanding, in any event of arbitration, if any right or obligation is not enforceable under Mexican law ant its fulfillment does not violate any Mexican law, governmental or political regulation or decree, the arbitration

tribunal shall apply the law of the Province of Ontario, Canada, with respect to the terms of those rights and obligations and their enforcement and/or payment of damages and losses caused by their breach or violation in such a manner that the intention of the parties is fully effective.

6. Arbitration. The parties to the Stock Purchase Agreement [and the Shareholders' Agreement] shall submit to the arbitration which shall be conducted in Toronto, Canada under the rules of the Arbitration's Act of Ontario.

This Term Sheet reflects the current understanding of the parties with respect to the Transaction, and does not constitute any commitment or other binding agreement.

SELLERS

MESSRS. A, B and C, individually
and on behalf of the Trust

FOREIGN CORPORATION

By: _____

Title:

CONVENIO DE ASOCIACION EMPRESARIAL QUE CELEBRAN: LA SOCIEDAD DENOMINADA " _____ ", S. A. DE C. V. EN ADELANTE REFERIDA COMO "RECIMEX", REPRESENTADA EN ESTE ACTO POR EL SEÑOR _____; LA SOCIEDAD DENOMINADA " _____ FUND, L. P." EN ADELANTE REFERIDA COMO "NAEF", REPRESENTADA EN ESTE ACTO POR EL SR. _____; EL SR. _____, POR SU PROPIO DERECHO, EN ADELANTE REFERIDO COMO "RLC"; EL SR. _____, POR SU PROPIO DERECHO, EN ADELANTE REFERIDO COMO "SAC", TODOS ELLOS SUJETÁNDOSE A LAS SIGUIENTES DECLARACIONES Y CLAUSULAS:

DECLARACIONES

I. DECLARA RECIMEX POR CONDUCTO DE SU REPRESENTANTE:

- (a) Que es una sociedad anónima con el carácter de capital variable, debidamente constituida conforme a las leyes mexicanas, cuyo objeto social principal consiste en la elaboración, distribución y comercialización de productos reciclados de la industria del plástico.
- (b) Que cuenta con las facultades suficientes y necesarias para obligar a su representada en términos de este Convenio, las cuales a la fecha no le han sido revocadas, limitadas o restringidas.
- (c) Que, manifiesta y reconoce que, para el desarrollo del PROYECTO definido más adelante, NAEF le ha asesorado y apoyado con NACIONAL FINANCIERA, S. N.C., para la obtención de los siguientes créditos:

Crédito Refaccionario por U. S. D. \$1'875,000.00 (UN MILLON OCHOCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL DOLARES AMERICANOS 00/100 U. S. Cy.) o su equivalente en Moneda Nacional, a largo plazo, para la adquisición de activos fijos.

Crédito de Avío por N\$1'600,000.00 (UN MILLON SEISCIENTOS MIL NUEVOS PESOS 00/100 M. N.), a largo plazo, para Capital de Trabajo.

Asimismo, acepta que se le ha apoyado para que NACIONAL FINANCIERA, S.N.C., en su momento, otorgue garantías complementarias a RECIMEX, respecto de los créditos anteriormente descritos.

- (d) Que con fecha 18 de Agosto de 1994, recibió de NAEF la suma de \$1'000,000.00 (UN MILLON DE DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA 00/100 U. S. Cy.), la cual se encuentra depositada en la cuenta número _____ de "Banco _____, S.A." y que reconoce

es propiedad exclusiva de NAEF con todo lo que de hecho y por derecho le corresponde, incluyendo pero sin limitar sus frutos civiles, mercantiles y financieros, los que se han generado y aquellos que lleguen a ocasionarse hasta que se formalice el ingreso de NAEF como accionista de RECIMEX, en los términos y con las condiciones que este Convenio o hasta que se diera por terminado anticipadamente por cualquier motivo antes de que NAEF ingrese como accionista de RECIMEX.

- (e) Que con fecha ____ de marzo de _____, celebró un contrato con la sociedad denominada "Almacenes Aurrera", S. A. de C. V., cuyo objeto es autorizar gratuitamente a RECIMEX para instalar centros especializados de recolección; luego entonces, copia del contrato mencionado se integra al presente, como Anexo "A".

II. DECLARA NAEF, POR CONDUCTO DE SU REPRESENTANTE:

- (a) Que es una sociedad debidamente constituida conforme a las leyes de Sacramento, California, Estados Unidos de Norteamérica, con capacidad suficiente para celebrar este Convenio.
- (b) Que tiene las facultades suficientes y necesarias para obligar a su representada en términos de este Convenio, las cuales a la fecha no le han sido revocadas, limitadas o restringidas.

III. DECLARA RLC, POR SU PROPIO DERECHO:

- (a) Que es mayor de edad, de nacionalidad mexicana, con capacidad suficiente para celebrar este convenio.
- (b) Que, en forma conjunta con SAC, ha ideado un proyecto (para efectos de este documento denominado "EL PROYECTO"), que consiste en la creación de una planta para reciclar plásticos de post-consumo, principalmente envases de resina Pet y HDPE, mismo que reconoce y acepta haber presentado a NAEF, con la finalidad de inducir a ésta a la celebración del presente Convenio, en el entendido de que dicho proyecto ha de ser materializado a través de RECIMEX.
- (c) Que, en forma conjunta con SAC, ha ingresado ante la Dirección General de Desarrollo Tecnológico de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial una solicitud de Registro de Modelo de Utilidad de un sistema de acopio de materia prima (para efectos de este Convenio denominado como el "MODELO DE UTILIDAD").

IV. DECLARAN RLC, SAC y RECIMEX, CONJUNTAMENTE:

(a) Que RLC y SAC son los únicos accionistas que detentan el 100% (cien por ciento) del capital social de RECIMEX, así como que éste se encuentra suscrito y pagado de la siguiente manera:

ACCIONISTAS	ACCIONES	CAPITAL SOCIAL
SAC	50	N\$25,000.00
RLC	<u>50</u>	<u>25,000.00</u>
T O T A L E S	100	N\$50,000.00

(b) Que reconocen adeudar en forma conjunta y solidaria a RECIMEX la cantidad de N\$50,000.00 (CINCUENTA MIL NUEVOS PESOS 00/100 M. N.) por concepto de un préstamo realizado en momento previo a la celebración de este Convenio.

(c) Que RECIMEX tiene plena capacidad legal para seguir llevando a cabo actividades como a las que a la fecha realiza y detentar y operar sus activos, propiedades y negocios; así como que se encuentra debidamente registrada ante los organismos y autoridades apropiadas del Gobierno Mexicano, habiendo obtenido las licencias, autorizaciones, permisos, concesiones y certificaciones necesarias al efecto.

(d) Que las acciones mencionadas en el apartado (a) de esta declaración, son de carácter ordinario y están libres de cualquier afectación a la fecha; así como que, a la fecha, no se han declarado ni pagado dividendos por parte de RECIMEX; así como que a la fecha no se han otorgado opciones, ofertas, convenios o garantías que legitimen a cualquier persona a comprar las acciones emitidas por RECIMEX o a suscribir futuros aumentos de capital social de la misma.

(e) Que los estados financieros de RECIMEX al 31 de julio de _____ firmados por RLC y SAC integrados a este convenio como Anexo "B", están completos y correctos, presentados exactamente a la fecha indicada precedentemente, respecto de la situación financiera de RECIMEX y que las utilidades o pérdidas corresponden precisamente a los resultados de las operaciones de dicha sociedad de conformidad con los principios de contabilidad generalmente aceptados en México, aplicados consistentemente.

(f) Que excepto por aquellas derivadas del ordinario curso de los negocios de conformidad con las leyes mexicanas y según se reflejan en los estados financieros a que se refiere el párrafo (e) de esta declaración, RECIMEX no tiene deudas, responsabilidades u obligaciones de cualquier naturaleza,

contingentes o no, incluyendo pero sin limitar, aquellas referidas al medio ambiente, laborales, civiles, mercantiles, administrativas o fiscales.

- (g) Que, desde la fecha a la cual se elaboraron los estados financieros a que se refiere el párrafo (e) de esta declaración y hasta la FECHA INICIAL que se define más adelante, bajo su más estricta responsabilidad, no deberán tener lugar:
- (i) Algún cambio material y adverso en la situación financiera de RECIMEX.
 - (ii) Cualquier venta, disposición o compromiso, verbal o escrito, para vender o de cualquier forma disponer de cualquier activo propiedad de RECIMEX, que sea diverso de las disposiciones propias del curso ordinario de los negocios.
 - (iii) Gastos sustanciales, considerando como tales los que excedan en una o varias operaciones relacionadas la suma de U. S. \$45,000.00 (CUARENTA Y CINCO MIL DOLARES U. S. Cy. 00/100) o compromiso de RECIMEX para la adquisición de activos de cualquier clase o adiciones al capital diversas de las que corresponde al ordinario curso de los negocios.
 - (iv) Cualquier cargo, finiquito o pago de cualquier obligación o responsabilidad de RECIMEX diversa de las que corresponden al curso ordinario de los negocios.
 - (v) Renuncia o terminación de cualquier derecho correspondiente a RECIMEX de valor sustancial, incluyendo derechos de contratos, diversa de las que corresponden al curso ordinario de los negocios.
 - (vi) Cualquier daño, destrucción o pérdida material que afecte las propiedades o negocios de RECIMEX en su totalidad.
 - (vii) Crédito o anticipo a cualquier persona, por parte de RECIMEX, diverso de los que corresponden al ordinario curso de los negocios.
 - (viii) Cualquier incremento general que realice RECIMEX, en porcentaje alguno, a cualquier salario o compensación a sus empleados o agentes, ni podrán haber incrementos específicos a salarios o compensaciones de cualquier empleado o agente, ni contratación de nuevos empleados o agentes, excepto los que correspondan al curso ordinario de los negocios.
 - (ix) Cambio alguno en los métodos de contabilidad o prácticas seguidas por RECIMEX, ni cambio alguno en las políticas de depreciación o amortización o en las tasas usadas al respecto.

- (h) Que RECIMEX ha sustancialmente cumplido con todas las obligaciones que tenía a su cargo a la fecha de firma de este Convenio y que no se encuentra en incumplimiento respecto de cualquier contrato o convenio, documento o instrumento en el que ha sido parte; así como que es su intención seguir en ese estado.
- (i) Que a la fecha no ha recibido, ni es de su conocimiento que exista, notificación alguna, oral o escrita, de cualquier persona o entidad que demande algún incumplimiento y/o responsabilidad en contra de RECIMEX, relativo al cumplimiento de cualquier contrato o convenio, documento o instrumento en el que ha sido parte.
- (j) Que RECIMEX es el legítimo propietario o deberá serlo antes de la FECHA INICIAL que más adelante se precisa, de todos los bienes, mercancías, artículos y en general de todos los activos que se reflejan en los estados financieros que se refieren en el párrafo (e) de esta declaración; que cualquier propiedad arrendada por parte de RECIMEX lo está bajo contratos válidos, existentes y obligatorios legalmente, de acuerdo con sus términos; que todos los bienes e instrumentos correspondientes a RECIMEX por cualquier título, se usan de acuerdo a su destino y son suficientes para realizar todas las operaciones que realiza en el presente; y, que todas las propiedades y activos de RECIMEX se encuentran libres de cualquier gravamen, carga, hipoteca o afectación.
- (k) Que todas las marcas, nombres comerciales, derechos de autor y cualquier otro derecho de propiedad industrial o intelectual, que le corresponden en todo o en parte a RECIMEX, por su uso o registro, se encuentran en vigor y/o revalidados ante las autoridades apropiadas, así como usándose en términos de ley.
- (l) Que, a la fecha, todas y cada una de las transmisiones de acciones emitidas por RECIMEX, bajo cualquier título jurídico, han sido manifestadas y/o declaradas a las autoridades fiscales correspondientes, por los valores y/o precios de compra efectivamente realizados y, asimismo, se realizaron los dictámenes o retenciones respectivos conforme a derecho.
- (m) Que la información proporcionada a las partes de este Convenio, incluyendo la contenida en el presente y sus anexos, es cierta, precisa, veraz, fiel y sin omisión alguna.
- (n) Que reconocen el trabajo realizado por NAEF, desde el mes de _____ de 199__ a la fecha, con la finalidad de llevar a cabo la Asociación Empresarial definida más adelante, misma que ha consistido básicamente en:
- El apoyo para la obtención y celebración del contrato referido en la declaración I (e).

- El apoyo y asesoría para la obtención de los créditos a que se refiere la declaración I (c).
- El respaldo institucional para promocionar e impulsar el proyecto a nivel público y privado.

(o) Que la celebración de este Convenio y los actos que NAEF ha realizado tendientes a su preparación, les ha permitido obtener recursos económicos para la instauración del proyecto, así como un beneficio económico en lo personal.

VI. DECLARAN LAS PARTES:

Unica. Que se reconocen entre sí la personalidad y legitimación con la que comparecen a este acto.

Por lo tanto, las partes acuerdan las siguientes:

C L A U S U L A S

PRIMERA. OBJETO.

RLC y SAC convienen en celebrar a más tardar dentro de 60 (sesenta) días naturales contados a partir de la suscripción de este documento, una Asamblea General Ordinaria y Extraordinaria de Accionistas de RECIMEX (en lo sucesivo la ASAMBLEA) mediante la cual se ejecute la Asociación Empresarial (en adelante la ASOCIACIÓN EMPRESARIAL), cuya finalidad sea la de desarrollar y realizar el PROYECTO a través de RECIMEX.

En la ASAMBLEA participarán y la ASOCIACIÓN EMPRESARIAL quedará integrada, en su oportunidad, por SAC, RLC y NAEF.

Para la ejecución de la ASOCIACION EMPRESARIAL deberán cumplirse todas y cada una de las condiciones que se establecen en este convenio.

SEGUNDA. MODIFICACIONES A LOS ESTATUTOS SOCIALES DE RECIMEX.

En la ASAMBLEA se reformarán los estatutos sociales de RECIMEX, para adecuarlos a lo siguiente y, en todo caso, a satisfacción de NAEF:

1. Mientras NAEF sea accionista de RECIMEX, los demás integrantes de la ASOCIACION EMPRESARIAL, no disminuirán ni en monto ni en porcentaje, su participación accionaria en RECIMEX, salvo en caso de que cuenten con la autorización previa, expresa y por escrito de los accionistas de NAEF. Se

aclara que esta autorización no será aplicable en caso de que se trate de transmisión de acciones propiedad de NAEF, emitidas por RECIMEX.

2. Cualquiera que sea la participación de NAEF en el capital social de RECIMEX, la primera de las mencionadas, tendrá derecho a designar a 2 (dos) Consejeros Propietarios y a sus respectivos suplentes, que en todo caso deberán ser convocados personalmente por escrito y con acuse de recibo, con una anticipación mínima de 15 (quince) días naturales a la fecha en que deban celebrarse las sesiones de consejo.

Por su parte, RLC y SAC, conjuntamente tendrán el derecho de designar al menos a un Consejero Propietario y a su respectivo Suplente.

3. El Consejo de Administración de RECIMEX deberá sesionar mensualmente, durante el primer año contado a partir de que se ejecute la ASOCIACIÓN EMPRESARIAL.

4. Mientras NAEF sea accionista de RECIMEX, las siguientes resoluciones del Consejo de Administración para que sean válidas, deberán tomarse contando al menos con el voto favorable de 1 (uno) o los 2 (dos) Consejeros designados por NAEF:

(a) Nombramiento y/o designación de apoderados o mandatarios;

(b) Aprobación de presupuestos de gastos e inversión;

(c) Nombramiento de directivos de alto nivel;

(d) Nombramiento de peritos valuadores y/o Auditores respecto de los métodos de valuación de acciones referidos en la cláusula OCTAVA (c);

(e) Autorización para que cualquier otro accionista de RECIMEX, diverso de NAEF, pueda gravar en cualquier forma su participación accionaria en el capital social de RECIMEX.

(f) Transferencias de acciones de cualquier accionista diverso de NAEF;

(g) Contratación de créditos mayores a \$200,000.00 (DOSCIENTOS MIL DOLARES AMERICANOS U. S.. Cy.), así como la contratación de créditos por más de seis meses no presupuestados;

(h) Designación y contratación de Auditores Externos;

(i) Designación de peritos valuadores o auditores, para la determinación de valores en supuestos de desinversión de NAEF previstos en este Convenio;

(j) Autorización de políticas de comercialización y sus modificaciones.

Asimismo, se establecerá que el Consejo de Administración podrá tomar resoluciones válidas sin contar con el voto favorable de 1 (uno) o los 2 (dos) Consejeros designados por NAEF en los asuntos señalados en este numeral 4, en caso de que ambos Consejeros designados por NAEF, falten consecutivamente a dos sesiones a las que les hubiera convocado.

5. Para que la Asamblea General de Accionistas de RECIMEX resuelva válidamente respecto de los siguientes asuntos, será necesario que su resolución se haya adoptado, al menos, por el voto favorable que corresponda a las acciones representativas del 65% (sesenta y cinco por ciento) del capital social en primera o ulterior convocatoria:

- (a) Aplicación de utilidades y distribución de dividendos;
- (b) Aumento o disminución del capital social;
- (c) Cambio de objeto social y/o ampliación o reducción de las actividades;
- (d) Fusión o escisión;
- (e) Disolución y/o liquidación de la sociedad;
- (f) Otorgamiento de poderes;
- (g) Modificación de los estatutos sociales.

6. El capital social de RECIMEX no podrá aumentarse salvo en caso de que:

- Esté totalmente pagado el capital social decretado previamente; y,
- Se haya decretado un incremento de capital social por capitalización de superávits provenientes de revaluaciones, para que dicho capital social represente el valor comercial actual de RECIMEX a satisfacción de NAEF.

7. El presente convenio será fuente supletoria de interpretación de los estatutos sociales de RECIMEX que se modifiquen en la ASAMBLEA.

TERCERA. APORTACIONES.

1. RLC y SAC, a más tardar el día en que se celebre la ASAMBLEA, deberán entregar a RECIMEX y ésta haber depositado en cuenta bancaria, por lo menos \$1'010,000.00 (UN MILLON DIEZ MIL DOLARES AMERICANOS 00/100 U. S. Cy.) o su equivalente en moneda nacional al tipo de cambio bancario más alto que rija el día de su pago.

2. La cantidad que se refiere a la declaración I (d), con todo lo que de hecho y por derecho le corresponda, la cual es entera propiedad de NAEF, se dará por aportada al capital social de RECIMEX en la ASAMBLEA al ejecutarse la ASOCIACION EMPRESARIAL, siempre que se cumpla con las demás condiciones pactadas en este Convenio. Si ocurre la aportación de NAEF referida en este párrafo, se aplicará el tipo de cambio bancario más alto que rija al momento de la ASAMBLEA, para determinar el número de acciones a suscribir.

Se aclara que RLC y/O SAC y/O RECIMEX no deberán en forma alguna, directa o indirectamente, disponer de la cantidad a que se refiere la declaración I (d), y/o de los accesorios de ésta, salvo en caso de que cuenten con el consentimiento de NAEF, reconociendo que la violación de esta obligación podría constituir un ilícito.

Por lo tanto, NAEF por sí o por la persona o personas que designe al efecto, podrá disponer libremente de la cantidad a que se refiere la declaración I (d), con todo lo que a ésta le corresponde de hecho y por derecho. Así, RLC, SAC y RECIMEX, se obligan y hacen responsables de realizar todos los actos que sean necesarios para que solamente NAEF pueda disponer libremente de la suma a que se refiere la declaración I (d), con todo lo que a ésta le corresponde de hecho y por derecho.

En caso de que RECIMEX llegue a disponer parcialmente de la cantidad a que se refiere la declaración I (d) o de sus accesorios (previo consentimiento de NAEF), acepta que NAEF tendrá derecho de capitalizar al momento de que se ejecute la ASOCIACION EMPRESARIAL, el equivalente a \$1'000,000.00 (UN MILLON DE DOLARES AMERICANOS 00/100 U. S. Cy).

El capital social de RECIMEX, al realizarse la ASAMBLEA, salvo acuerdo en contrario, deberá estar suscrito y pagado conforme a los siguientes porcentajes:

ACCIONISTAS	PORCENTAJES
NAEF	49% (CUARENTA Y NUEVE POR CIENTO).
RLC y SAC	51% (CINCUENTA Y UNO POR CIENTO).
TOTAL	100% (CIEN POR CIENTO).

El que se logren las proporciones de capital social mencionadas en este numeral conforme a lo previsto en este Convenio, salvo acuerdo en contrario, es condición suspensiva para la ejecución de la ASOCIACION EMPRESARIAL.

CUARTA. UBICACIÓN DE OFICINAS.

RECIMEX tendrá sus oficinas corporativas ubicadas en _____ N° _____, colonia _____, México, Distrito Federal.

QUINTA. LIBROS Y REGISTROS CONTABLES.

Los administradores, directores y gerentes de RECIMEX deberán tomar todas las medidas necesarias a efecto de que dicha sociedad mantenga en sus oficinas, en todo tiempo, libros y registros contables completos y actualizados, relativos a todas sus actividades sociales. Dichos libros y registros contables deberán ser mantenidos de acuerdo con los principios de contabilidad generalmente aceptados en los Estados Unidos Mexicanos de manera consistente; contendrán además, asientos completos en todo sentido a efecto de reflejar las distintas operaciones realizadas por RECIMEX.

SEXTA. AUDITORIA LEGAL.

Dentro de los tres meses siguientes a la terminación de los ejercicios sociales de RECIMEX, el despacho de contadores que determine el Consejo de Administración, deberá conducir una auditoría general que comprenda todos los activos, pasivos y capital contable de RECIMEX, así como todas las operaciones realizadas durante el ejercicio social en cuestión y todos aquellos aspectos que de manera ordinaria sean cubiertos por una auditoría general contable anual. Los costos correspondientes a dicha auditoría general serán cubiertos por RECIMEX y será responsabilidad de los Vicepresidentes y Directores que ejemplares auténticos del reporte de auditoría sean enviados a cada una de las partes de este Convenio inmediatamente después de su preparación por el Despacho de Contadores señalado en la presente cláusula.

SEPTIMA. PERSONAL.

La política de selección y remuneración de personal estará a cargo del Consejo de Administración de RECIMEX, en tanto que todos los aspectos relativos a la relación directa entre RECIMEX y su personal deberá ser coordinada por el Director General, según sus facultades, o en su caso, por la persona que designe expresamente el mencionado Consejo de Administración.

OCTAVA. DESINVERSION DE NAEF.

La participación de NAEF como accionista de RECIMEX será por un periodo no mayor de 7 (siete) años contados a partir de que se realice la primera exhibición por parte de NAEF al capital social de RECIMEX, conforme a lo previsto en la cláusula PRIMERA (para efectos de este convenio referida como la FECHA INICIAL), conforme a lo siguiente:

- (a) Una vez que RECIMEX cumpla con los requisitos para cotizar sus acciones en el mercado de valores, siempre que sea a partir del inicio del quinto año y antes de que comience el séptimo contados desde la FECHA INICIAL, se realizará una oferta pública de acciones emitidas por RECIMEX, incluyendo por lo menos todas aquellas que sean propiedad de NAEF (emitidas por RECIMEX) a precio de mercado; para tal efecto, RECIMEX realizará todos los trámites necesarios en términos de la Ley del Mercado de Valores, reglamentos y circulares que sean necesarios.
- (b) En caso de que no ocurra el supuesto del inciso (a) precedente, a partir del inicio del séptimo año contado desde la FECHA INICIAL y hasta que éste termine, RLC y/o SAC tendrán un derecho de preferencia para adquirir las acciones propiedad de NAEF emitidas por RECIMEX. Si RLC y/o SAC desean ejercer su mencionado derecho de preferencia, podrán hacerlo en la proporción que les corresponda de acuerdo a su participación en el capital social de RECIMEX en ese momento. El precio y la forma de pago de las acciones de NAEF emitidas por RECIMEX, a que se refiere este inciso, serán conforme lo convengan las partes.
- (c) En caso de que no ocurran los supuestos descritos en los incisos (a) o (b) anteriores, NAEF será libre de vender las acciones de su propiedad emitidas por RECIMEX, a cualquier persona, pero respetando el derecho de preferencia respecto de terceros que les corresponde a RLC y/o SAC conforme a lo siguiente:
- (i) En cuanto NAEF pretenda vender las acciones de su propiedad, emitidas por RECIMEX, deberá notificar por escrito y recabando acuse de recibo a RLC y SAC los términos y condiciones en que, en su caso, ha de realizarse la venta a terceros.
 - (ii) RLC y SAC tendrán un plazo de sesenta días calendario contado a partir de que hayan recibido la notificación a que se refiere el párrafo (i). Dentro de este plazo deberán pagar el monto que corresponda a las acciones emitidas por RECIMEX propiedad de NAEF.
 - (iii) En caso de que RLC y/o SAC, deseen ejercer su derecho de preferencia, les corresponderá hacerlo en la proporción a su participación en el capital social de RECIMEX.
 - (iv) Los términos, incluyendo pero sin limitar precio y plazos, en los que RLC y/o SAC han de adquirir las acciones emitidas por RECIMEX propiedad de NAEF, serán los mismos en los que NAEF pretenda vender sus acciones a favor de terceros y que le hayan sido notificados conforme a lo señalado en el párrafo (i) anterior.

- (v) Si RLC y/o SAC no ejercen su derecho en el plazo señalado, NAEF tendrá a su vez un plazo de sesenta días calendario para realizar la operación de compraventa a favor de tercero o terceros, sujetándose a los términos que se hayan precisado en la notificación referida en el párrafo (i) anterior.
- (vi) Este derecho de preferencia solamente podrá ejercerse en los términos señalados en este inciso (c) y si RLC y/o SAC adquieren la totalidad de las acciones emitidas por RECIMEX que sean propiedad de NAEF.
- (d) En caso de que no ocurran las opciones descritas en los incisos (a), (b) o (c) anteriores, al inicio del octavo año contado a partir de la FECHA INICIAL, RLC y SAC estarán obligados en forma mancomunada y solidaria a adquirir directa o indirectamente todas las acciones que sean propiedad de NAEF, emitidas por RECIMEX.
- (e) No obstante lo anterior, en cualquier tiempo NAEF tendrá la facultad de ofrecer y vender sus acciones emitidas por RECIMEX, junto con las que se encuentren otorgadas en garantía que sean propiedad de RLC y SAC, al ocurrir alguno o algunos de los siguientes casos:
- (i) Que suceda cualquier incumplimiento a lo previsto en este Convenio y/o en los estatutos sociales de RECIMEX.
 - (ii) Que las pérdidas acumuladas de RECIMEX sean equivalentes al 30% (treinta por ciento) de su capital social.
 - (iii) Que RLC y/o SAC realicen negocios similares y paralelos a RECIMEX en los que no participe NAEF, salvo en caso de que éste no acepte participar en ellos.
- Asimismo, NAEF tendrá la facultad a que se refiere esta sección (e) al inicio del octavo año contado a partir de la FECHA INICIAL, si RLC y/o SAC no están dispuestos a adquirir las acciones que sean propiedad de NAEF emitidas por RECIMEX.
- (f) El precio aplicable a las acciones que deban venderse en cualquiera de los casos a que se refiere el párrafo (e) anterior, será el que resulte mayor de los siguientes métodos de valuación:
- (i) El valor que resulte de flujos de efectivo descontados obtenidos de la operación a una tasa de descuento que se definirá con base en las condiciones de mercado y al costo de capital de RECIMEX. La tasa de descuento de RECIMEX será determinada, al momento en que haya de efectuarse la operación de compraventa, por el perito valuador que haya designado el Consejo de Administración de RECIMEX.

- (ii) La aplicación del múltiplo del valor en libros de RECIMEX que resulte en un rendimiento anual y real del 30% (treinta por ciento) para las aportaciones de capital de RECIMEX si se trata de las acciones de ésta; considerando los estados financieros del último ejercicio social terminado, elaborados y reexpresados conforme a los principios de contabilidad generalmente aceptados en México, incorporando la valuación de activos por perito autorizado, designado por el Consejo de Administración de RECIMEX y dictaminados por auditor independiente también designado por dicho órgano colegiado. En caso de que hayan transcurrido más de tres meses contados a partir de la fecha de cierre de dicho ejercicio social, se requerirán los estados financieros del mes inmediato anterior a la fecha en que deban valuarse las acciones.
- (iii) El valor resultante de utilizar el múltiplo precio/utilidad (P/U) promedio, a la fecha de la operación de compraventa de las empresas cuyas acciones se encuentren en oferta pública en los mercados de México y/o Estados Unidos de Norteamérica y/o Canadá, del Sector al que pertenezca RECIMEX.
- (iv) El valor resultante de utilizar el múltiplo precio/valor en libros (P/VL) promedio, a la fecha de la operación de compraventa, de las empresas cuyas acciones se encuentren en oferta pública en los mercados de México y/o Estados Unidos de Norteamérica y/o Canadá, del Sector al que pertenezca RECIMEX.
- (v) Precio de mercado o de subasta pública.

(g) En todo caso, NAEF tendrá el derecho de enajenar libremente las acciones de su propiedad, emitidas por RECIMEX, a favor o hacia los propios socios o accionistas de NAEF.

NOVENA. GARANTIAS.

Para garantizarle a NAEF el cumplimiento de lo establecido en su favor, en la cláusula OCTAVA incisos (e) y (f), se pactan las siguientes garantías:

- (a) Al momento en que se realice el aumento de capital a que se refiere la cláusula PRIMERA, se constituirá prenda a favor de NAEF sobre las acciones propiedad de RLC y/o SAC (emitidas por RECIMEX), que proporcionalmente sean necesarias para que sumadas a las de NAEF, representen el 51% (cincuenta y uno por ciento) del capital social de RECIMEX.

Las acciones otorgadas en prenda deberán estar totalmente pagadas, así como libres de cualquier otra afectación o gravamen y si no reúnen estas

características, entonces RLC y/o SAC deberán otorgar una garantía diversa que sea suficiente a juicio y satisfacción de NAEF para sustituir la prenda.

A efecto de la prenda, RLC y SAC, según corresponda, endosarán en garantía los títulos que amparen las acciones afectadas a favor de NAEF.

NAEF conservará los títulos representativos de las acciones afectadas en prenda y, en su caso, expedirá las constancias necesarias para que RLC y/o SAC puedan acreditar la propiedad de dichas acciones sin que puedan negociarse tales constancias, para todos los efectos legales a que haya lugar.

NAEF podrá rehusarse a expedir las constancias accionarias para el ejercicio del derecho a voto en las asambleas generales de accionistas, respecto de las acciones dadas prenda, en caso de que RLC y/o SAC se encuentren en incumplimiento respecto de cualquiera de las obligaciones a su cargo pactadas en este Convenio.

La prenda referida se mantendrá en vigor mientras se celebra el FIDEICOMISO que se menciona más adelante.

- (b) A más tardar dentro de 60 (sesenta) días calendario contados a partir de la FECHA INICIAL, deberán constituir a favor de NAEF un fideicomiso de garantía (en lo sucesivo el FIDEICOMISO) que sustituya la prenda, en los términos y condiciones que NAEF considere convenientes. En caso de que no llegue a celebrarse el FIDEICOMISO, con independencia tanto del incumplimiento en que se encuentren RLC y/o SAC, como de su resarcimiento, la vigencia de la prenda se prorrogará automáticamente y por todo el tiempo en que NAEF sea accionista de RECIMEX.

Los integrantes del Comité Técnico del FIDEICOMISO, serán designados por NAEF.

- (c) Serán causas de resolución de la prenda o del FIDEICOMISO que se constituya, según corresponda, las siguientes:

(i) En cualquiera de ambas garantías que NAEF venda o haya vendido todas las acciones de su propiedad y emitidas por RECIMEX. En este caso, se darán por terminadas inmediatamente.

(ii) En el caso particular de la prenda, que se vendan las acciones afectadas por haber ocurrido cualquiera de los supuestos de la cláusula OCTAVA (e).

(iii) En el caso particular del FIDEICOMISO, que se hayan cumplido los fines para los cuales se haya constituido éste.

DÉCIMA. COMPROMISO DE NAEF.

NAEF hará su mejor esfuerzo para lograr que se lleven a cabo los siguientes objetivos:

- (a) Institucionalización de RECIMEX mediante la formalización de un Consejo de Administración profesional.
- (b) Establecimiento de medios adecuados de comunicación entre los socios de NAEF y RECIMEX para el desarrollo de negocios cuando esto sea adecuado para las partes.
- (c) Creación de alianzas estratégicas para la comercialización de los productos o expansión de las actividades de RECIMEX.
- (d) Procurará la gestión de financiamientos y reestructuración de pasivos.
- (e) Preparación de RECIMEX para la colocación de sus acciones en el mercado de valores.

DÉCIMA PRIMERA. PROPIEDAD INDUSTRIAL.

RLC y SAC se obligan a otorgar incondicional y gratuitamente a RECIMEX cualquiera y todos los derechos de propiedad industrial o intelectual que les llegue a corresponder de hecho o por derecho, registrados o no, y que se relacionen directa o indirectamente con el PROYECTO, incluyendo pero sin limitar el MODELO DE UTILIDAD.

DÉCIMA SEGUNDA. CONVENIO DE NO-COMPETENCIA.

Desde la fecha de firma del presente convenio y mientras NAEF sea accionista de RECIMEX y un plazo adicional de 2 (dos) años contados a partir de que, por cualquier razón, NAEF deje de ser accionista de RECIMEX, RLC y SAC, convienen en no realizar, directa o indirectamente, por sí o por conducto de empresas afiliadas o en las que intervengan en su administración o por conducto de terceros individuos, actividades similares, análogas o relacionadas, con las que desarrolla o llegue a desarrollar RECIMEX.

El incumplimiento a lo establecido en la presente, con independencia de los ilícitos que pudieran implicarse, ocasionará el derecho a favor de NAEF al pago de daños y perjuicios a que haya lugar.

DECIMA TERCERA. CONDICIONES.

Todos y cada uno de los siguientes hechos o actos, serán condiciones suspensivas para que sea eficaz, es decir se ejecute la ASOCIACION EMPRESARIAL:

- (a) Se lleve a cabo la ASAMBLEA con todos y cada uno de los requisitos pactados en este convenio.
- (b) Así mismo, que RLC y SAC, o sus cesionarios conforme a la siguiente cláusula, realicen todas y cada una de sus aportaciones, en términos de lo pactado en la cláusula TERCERA.
- (c) El contrato referido en la declaración I (e), se mantenga en plena fuerza y vigor al momento de la ASAMBLEA.
- (d) Los préstamos a los que se refiere la declaración I (c), sean ciertos y objetivamente posibles en cuanto a su obtención o se hayan propalado otros que los sustituyan ha satisfacción de NAEF.
- (e) RLC y SAC, respectivamente, liquidarán el adeudo por la cantidad de \$_____ (_____ PESOS 00/100 M. N.) que tienen en favor de RECIMEX, según se desprende de la declaración V (b).
- (f) Cualquier otra establecida en el presente convenio.

Para el perfeccionamiento y ejecución de la ASOCIACION EMPRESARIAL, NAEF deberá aceptar que han ocurrido todas y cada una de las condiciones a que se refiere esta cláusula. En caso de que no se cumplan alguna, varias o todas ellas, las partes no estarán obligadas a ejecutar y perfeccionar la ASOCIACION EMPRESARIAL.

DECIMA CUARTA. NO CESION.

Los derechos y obligaciones derivados de este convenio, éste mismo (parcial o totalmente), los derechos y obligaciones emanados de la ASAMBLEA y/o de los estatutos sociales de RECIMEX no podrán ser cedidos sin previo consentimiento por escrito de NAEF.

DECIMA QUINTA. RELACION ENTRE LAS PARTES.

Las partes son y permanecerán como contratantes independientes, por lo que ninguna de ellas tendrá autoridad o facultades para actuar en representación de, o para asumir obligaciones por cuenta de la otra parte.

DECIMA SEXTA. CONJUNTO DE ESTIPULACIONES.

El presente convenio constituye el entendimiento completo y correcto entre las partes a la fecha de su celebración en relación con las transacciones aquí contempladas y deja sin efectos cualquiera y todos arreglos anteriores entre ellas al respecto.

DECIMA SEPTIMA. ENCABEZADOS.

Los encabezados del presente convenio se han colocado para facilitar la ubicación de sus partes y en ninguna forma alteran o modifican el sentido de las declaraciones y cláusulas en él contenidas.

DECIMO OCTAVA. JURISDICCION Y LEYES APLICABLES.

El presente convenio será interpretado conforme a las leyes mexicanas y, en caso de controversia, las partes convienen en someterse a la jurisdicción de los Tribunales Competentes en la Ciudad de México, Distrito Federal, renunciando expresamente a cualquier otro fuero o jurisdicción que pudiera corresponderles en razón de sus domicilios presentes o futuros.

Las partes están de acuerdo con el contenido alcance, consecuencias y fuerza legal del presente convenio, en testimonio de lo cual lo firman de conformidad en México, Distrito Federal el día _____ del mes de _____ de mil novecientos noventa y _____.

"RECIMEX" S. A. de C. V.

"NAEF" _____ L.P.

Por:

Por:

"RLC"

"SAC"

SR.

SR.

-----POLIZA NUMERO UNO-----

En la ciudad de _____ siendo las _____ horas del día veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y cinco, yo, el licenciado _____ Corredor Público número _____ habilitado por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial para la plaza del Estado de _____, hago constar: EL CONTRATO DE COINVERSION Y ASOCIACION que celebran, de una parte, la empresa mercantil denominada "Tubos Flexibles y Comerciales del Bajío", S. A. de C. V., representada por su Administrador Unico, el señor Reynaldo Pérez Jacome y la empresa mercantil denominada "Ross And Win Structure", representada por su Apoderado Jurídico, señor Antonio Lacalle Win, a quienes se les designa conjuntamente como asociados, el que celebran de conformidad a las cláusulas que se relacionan previos los siguientes:-----

-----ANTECEDENTES:-----

- I.- Los representantes de las Asociadas declaran bajo protesta de decir verdad:---
- a).- Que la empresa mercantil denominada "Tubos Flexibles y Comerciales del Bajío", S. A. de C. V., es una sociedad anónima mexicana de capital variable, constituida conforme a las leyes mexicanas, con cláusula de admisión de extranjeros, de conformidad con el primer testimonio de la escritura pública número cinco mil veinte, otorgada en la ciudad de Celaya Guanajuato el día veinte de abril de mil novecientos noventa y cuatro, ante la fe del licenciado Santiago Camorlinga Bellot, Notario Público número cinco, inscrito en el Registro Público de Comercio del Distrito de Celaya bajo el número de folio cincuenta y cinco, del Libro de Sociedades Comercio; documento que se adjunta al apéndice de esta póliza marcado con la letra "A".-----
- b).- El señor Antonio Lacalle Win, apoderado jurídico de la sociedad "Ross And Win Structure", Corporation, que su representada se encuentra legalmente constituida conforme a las leyes del Estado de Carolina del Norte, Estados Unidos de Norteamérica, como lo acredita con el testimonio de su acta constitutiva, la que se encuentra debidamente traducida al idioma español, protocolizada y registrada

en el Registro Público de Comercio, bajo el folio setecientos quince, del Distrito Federal -----

II.- Que ambas asociadas, gozan de reconocida experiencia en el ramo de desarrollo tecnológico industrial tubular. -----

III.- Que desean asociarse e invertir en la sociedad que se denominará "Estructuras Tubulares del Bajío", S. A. de C. V., en lo sucesivo, "ESTRUCTURAS", la cantidad señalada en el documento que se adjunta al presente contrato como anexo, marcado bajo la letra "B", para que forme parte integrante del mismo a través de la suscripción y pago de acciones representativas del capital social de "ESTRUCTURAS", equivalentes al 100% (cien por ciento) del mismo en las proporciones a que se referirá el documento que se anexa como letra "B", que forma parte de este contrato.-----

IV.- Que desean celebrar el presente contrato de coinversión de conformidad con los términos y condiciones que se estipulan en el mismo.-----

-----C L A U S U L A S-----

PRIMERA.- FINES DE LA ASOCIACION: COOPERACION DE LAS PARTES.-

Las empresas asociadas por conducto de sus representantes están de acuerdo en regular su asociación y coinversión en, "ESTRUCTURAS", de conformidad con los términos y condiciones del presente contrato, para permitir que "ESTRUCTURAS", se constituya y logre, cumpliendo con sus objetos sociales; por lo se que comprometen a cooperar mutuamente y de buena fe para el logro de los objetos sociales y actividades económicas de ESTRUCTURAS y para dar cumplimiento a lo acordado en el presente contrato. -----

SEGUNDA.- CAPITAL SOCIAL DE "ESTRUCTURAS", APORTACIONES, SUSCRIPCIONES Y PAGOS.- Los accionistas se comprometen a convocar y hacer que se celebre dentro de los quince días naturales siguientes a la fecha de firma de este contrato de asociación, una Asamblea General Extraordinaria de Accionistas de "ESTRUCTURAS", en la cual se constituirá la sociedad, en los términos del proyecto del contrato social que se adjunta al presente contrato como anexo marcado bajo la letra "C", que forma parte integrante del mismo.-----

TERCERA.- El capital social de "ESTRUCTURAS", será variable e ilimitado. Las acciones representativas del capital social mínimo fijo de "ESTRUCTURAS", serán acciones de la clase I y las acciones representativas del capital social variable de "ESTRUCTURAS", serán acciones de la clase II. Las acciones serán nominativas y con un valor nominal de N\$ 1,000.00 (un mil nuevos pesos), moneda nacional cada una. -----

CUARTA.- TERMINACION: RESCISIÓN.- En el supuesto de que por cualquier causá no se celebre la asamblea general constituyente de accionistas de ESTRUCTURAS en la cual se constituirá el contrato social de ESTRUCTURAS, en los términos del anexo "C" del presente contrato, y los accionistas no suscribieran y paguen las nuevas acciones representativas del capital social de "ESTRUCTURAS" resuelto en los términos señalados en el presente contrato y dentro de los quince días naturales siguientes a la fecha señalada, los Asociados respectivamente, acuerdan terminar el presente contrato de asociación y coinversión sin responsabilidad para alguna de las empresas. -----

QUINTA.- El presente contrato de asociación podrá ser rescindido por las asociadas en caso de que: -----

- 1.- Cualquiera de ellas se vuelva insolvente, entre en concurso o queden imposibilitadas para practicar el comercio por cualquier causa. -----
- 2.- El control de ESTRUCTURAS sea tomado por alguna persona, física o moral o entidad pública o privada diferente de los accionistas, directa o indirectamente, sin el consentimiento previo y por escrito de los accionistas. -----
- 3.- Las acciones o activos de ESTRUCTURAS sean expropiados o confiscados o deje de desempeñar sus objetos sociales y actividades económicas señalados en los antecedentes de este contrato. -----
- 4.- ESTRUCTURAS deje de desempeñar sus objetos sociales y actividades económicas señaladas en él. -----

La parte afectada por el incumplimiento podrá rescindir el presente contrato de Asociación, mediante aviso por escrito dado a la otra parte con treinta días naturales de anticipación a la fecha en que la parte de que se trate desee que surta sus efectos la rescisión. La parte que lo rescinda a su elección podrá exigir a

la otra parte que adquiera la totalidad de las acciones de ESTRUCTURAS que sean de su propiedad, directa o indirectamente, o podrá adquirir la totalidad de las acciones de "ESTRUCTURAS" de dicha otra parte directa o indirectamente, en el precio, términos y condiciones señalados en el presente contrato. -----

SEXTA.- VALOR DE LAS ACCIONES DE ESTRUCTURAS.- Cuando sea necesario de conformidad con la cláusula primera de este contrato de asociación y coinversión determinar el precio de las acciones de ESTRUCTURAS, dicho precio se entenderá como su valor de mercado. El valor de mercado de las acciones de ESTRUCTURAS será el precio que un comprador de buena fe estaría dispuesto a pagar a un vendedor de buena fe en su carácter de partes no relacionadas y en igualdad de condiciones, tomando en cuenta los resultados del último ejercicio social de ESTRUCTURAS, consignados en su estado financiero, resultados de ejercicios sociales anteriores, utilidades y proyecciones y tomando en cuenta también el valor neto de los activos de ESTRUCTURAS, sin dar preferencia a ninguno de dichos aspectos bajo el supuesto de que ESTRUCTURAS continuará como negocio en marcha. -----

SEPTIMA.- En caso de que los accionistas en conflicto no llegaren a fijar de mutuo acuerdo el precio de las acciones de ESTRUCTURAS, equivalente a su valor de mercado, dentro del plazo de treinta días naturales siguientes a la fecha de su suscripción, el precio de las acciones de ESTRUCTURAS equivalente a su valor de mercado se fijara por Corredor Público en la plaza en la que tendrá su domicilio social la empresa. -----

OCTAVA.- VALUACION DE LAS ACCIONES DE ESTRUCTURAS POR CORREDOR PUBLICO.- Siempre que sea necesario conforme al presente contrato de coinversión, designar al Corredor Público para determinar el precio de las acciones de ESTRUCTURAS equivalente a su valor de mercado, los accionistas en conflicto lo nombraran de mutuo acuerdo. De no llegar a un acuerdo dentro de los quince días naturales siguientes al plazo a que se refiere la cláusula anterior, los accionistas solicitaran se designe por el Colegio de Corredores de la Plaza a un tercero en discordia. -----

NOVENA.- ARBITRAJE.- Las partes se comprometen a que cualquier controversia, disputa, diferencia o reclamación que surja entre estas en relación con la interpretación, cumplimiento o ejecución del presente contrato de coinversión sea resuelta y decidida en definitiva mediante arbitraje. Excepto por lo señalado específicamente en la cláusula que antecede, los aspectos procesales del arbitraje se regularán y controlarán por las reglas de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio (en lo sucesivo la CIC); el arbitraje, incluyendo la emisión del laudo, tendrá verificativo en la ciudad de Guadalajara, Jalisco, México. Deberán nombrarse tres árbitros: un árbitro será seleccionado por cada uno de los accionistas o grupo de accionistas en conflicto, y el tercer árbitro será seleccionado por los dos árbitros nombrados por las partes, o si estos no acuerdan la designación del tercer árbitro dentro de un plazo de treinta días naturales, dicho tercer árbitro será nombrado por la CIC, institución que también administrará el arbitraje. Para el caso de que cualquiera de las partes contratantes, dentro de los treinta días naturales siguientes contados a partir de la notificación que le haga la otra parte de la demanda de arbitraje la que deberá contener el nombre, domicilio y profesión del arbitro designado, la materia de la disputa y la reparación solicitada.-----

El idioma que se usara en el arbitraje será el español. Cualquier decisión o laudo de los árbitros deberá fundarse exclusivamente en las disposiciones de este contrato de asociación y coinversión. Queda entendido por las partes que en la medida de que el asunto materia de la decisión o laudo carezca de regulación en las disposiciones del presente contrato de asociación, dicha decisión o laudo se fundará en las leyes aplicables del Estado de Jalisco, México. -----

DECIMA.- DISPOSICIONES GENERALES.- Las partes en el presente contrato no serán responsables frente a la otra por cualquier omisión o demora en el cumplimiento, total o parcial, de sus obligaciones, directa o indirectamente, causada por cualesquiera causas o circunstancias fuera del control razonable de la parte de que se trate, incluyendo, enunciativa y no limitativamente, casos fortuitos o de cualesquiera negociaciones previas, declaraciones, compromisos,

entendimientos y convenios, orales o escritos, entre las partes en el mismo en relación con su materia. -----

DECIMA PRIMERA.- Los gastos que se originen con motivo del presente instrumento, serán por cuenta de ambas partes contratantes. -----

PERSONALIDADES.- Los representantes de las empresas acreditan su personalidad con los siguientes documentos:-----

a).- El señor Reynaldo Pérez Jacome, Administrador Unico de la empresa "Tubos Flexibles y Comerciales del Bajío", Sociedad Anónima de Capital Variable, con el primer testimonio de la escritura pública cinco mil veinticinco, pasada ante la fe del licenciado Rodolfo Riva Palacio Hinostrosa, Notario Público número cinco de Uriangato, Guanajuato, que contiene la protocolización del acta de Asamblea Extraordinaria de Accionistas mediante la cual se le designa como Administrador Unico del consejo de Administración de la empresa, la que será agregada al archivo de esta correduría marcado con la letra "A".-----

b).- El señor Antonio Lacalle Win, mediante el poder otorgado en su favor por la empresa mercantil denominada "Ross and Win Structure", ante el Cónsul Mexicano de la ciudad de Raleigh Carolina del Norte, la que literalmente es como sigue: "...".-----

Yo, la licenciada Patricia Soledad Servín Maldonado, Corredora Pública Número tres, para la plaza del Estado de Michoacán, hago constar y doy fe: -----

I.- Que tengo a la vista los documentos a los cuales me refiero en esta póliza, mismos que serán agregados al archivo correspondiente de la misma marcados con las letras de la "A" a la "E".-----

II.- Que los representantes de las empresas acreditaron su personalidad así como la legal existencia de sus representadas.-----

III.- Que a los representantes y apoderados, han manifestado que las facultades a ellos conferidas no les han sido limitadas, restringidas o revocadas en forma alguna -----

IV.- Que por sus generales manifestaron ser: ... -----

V.- Que todos los comparecientes manifestaron comprender y hablar el idioma español.-----

VI.- Que lei y expliqué a los comparecientes la póliza que antecede, cuyo extracto quedó inserto en el número uno del libro número uno, del libro de Registro de Pólizas y actas de esta correduría a mi cargo, folio uno al nueve.-----

VII.- Que a mi juicio tienen capacidad legal para obligarse, leyéndola personalmente, se manifestaron conformes firmando en mi despacho el día de su fecha, siendo las trece horas.- -----

Doy fe.-----